

Coûts de coordination, structures de gouvernance réglementaire et environnement institutionnel : une analyse économique néo-institutionnelle de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques

Audrey Loridan-Baudrier

▶ **To cite this version:**

Audrey Loridan-Baudrier. Coûts de coordination, structures de gouvernance réglementaire et environnement institutionnel : une analyse économique néo-institutionnelle de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques. Economies et finances. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2007. Français. NNT : . tel-00165182

HAL Id: tel-00165182
https://theses.hal.science/tel-00165182

Submitted on 25 Jul 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE
UFR de Sciences économiques

2007 |_2_||_0_||_0_||_7_||_P_||_A_||_0_||_1_||_0_||_0_||_2_||_6_|

THÈSE POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN SCIENCES ÉCONOMIQUES
(Arrêté du 30 mars 1992)

présentée et soutenue publiquement par

Audrey LORIDAN - BAUDRIER

le 3 juillet 2007

COÛTS DE COORDINATION, STRUCTURES DE GOUVERNANCE RÉGLEMENTAIRE ET ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL :

UNE ANALYSE ÉCONOMIQUE NÉO - INSTITUTIONNELLE DE LA MISE EN ŒUVRE DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

Jury

Directeur de recherche :
Claude MÉNARD, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Rapporteurs :
Jean-Pierre CHAMOUX, Professeur à l'Université de Paris V-René Descartes
Bertrand QUÉLIN, Professeur au Groupe HEC

Suffragants :
Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur des Universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris
Michel GLAIS, Professeur à l'Université de Rennes I
Xavier GREFFE, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

AVERTISSEMENT

L'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A la mémoire de Jacqueline et Pierre.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement toutes les personnes qui, d'une façon ou d'une autre, m'ont accompagnée tout au long de cette thèse. Ce travail de recherche n'aurait pu arriver à son terme sans le soutien, la confiance et la patience dont elles ont fait preuve à mon égard. Il s'agit plus particulièrement de ma famille et de mes amis qui m'ont toujours soutenue et encouragée dans cette entreprise. J'ai pu aussi compter sur mes collègues du Service international de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), puis ceux de la Direction de la planification du spectre et des affaires internationales de l'Agence nationale des fréquences (ANFR), qui ont supporté avec compréhension les conséquences de cette thèse.

Je souhaite exprimer ici toute ma gratitude au Professeur Claude Ménard pour l'encadrement scientifique et les précieux conseils qu'il m'a prodigués tout au long de cette recherche à l'occasion de nos « lunchs » réguliers. Mes remerciements vont également à Madame et Messieurs les Professeurs Marie-Anne Frison-Roche, Jean-Pierre Chamoux, Bertrand Quélin, Michel Glais et Xavier Greffe pour avoir accepté de faire partie du jury de cette thèse.

Au sein de la Maison des Sciences Economiques (MSE) et du Centre d'Analyse Théorique des Organisations et des Marchés (ATOM), j'ai trouvé un environnement de travail, de partage et d'échanges particulièrement stimulant pour l'avancée de ma recherche. Je suis notamment reconnaissante à Jean Deflacelière, doctorant du Centre, et à Emmanuel Raynaud, chercheur associé, pour leurs relectures attentives et critiques des versions antérieures de cette thèse, et dont l'expérience et les conseils ont été judicieux pour faire progresser significativement ce travail.

De nombreuses autres personnes m'ont apporté leur soutien durant ce travail de thèse, parmi lesquelles Ute Dubois, Jean-Michel Oudot et Annie Royer qui m'ont permis de partager les difficultés rencontrées au fil de nos recherches, et aussi Pierre Garrouste, Armelle Mazé, Stéphane Saussier, Carine Staropoli, Anne Yvrande-Billon notamment, qui m'ont encouragée particulièrement au début de cette recherche. A tous, je renouvelle ici mes remerciements.

Cette page serait incomplète si elle ne contenait pas un petit mot pour Gonzague, mon époux, qui a su m'attendre avec tant d'affection et de patience tout au long de ces années.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE **5**

CHAPITRE 1. LES MODES DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS AVANT 2002 ..... **23**

CHAPITRE 2. LA RÉFORME DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES **52**

CHAPITRE 3. LES THÉORIES DE LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICES PUBLICS **103**

CHAPITRE 4. LE CHOIX DU CADRE THÉORIQUE DES COÛTS DE TRANSACTION **137**

CHAPITRE 5. L'ANALYSE DE L'EFFICACITÉ DE LA COORDINATION RÉGLEMENTAIRE EUROPÉENNE **180**

CHAPITRE 6. LA COMPARAISON DES DISPOSITIFS INSTITUTIONNELS RÉALISABLES **225**

CHAPITRE 7. LE CHOIX DE LA STRUCTURE DE GOUVERNANCE DE LA RÉGULATION « LA MIEUX ALIGNÉE » **270**

CONCLUSION GÉNÉRALE **319**

ANNEXES **332**

BIBLIOGRAPHIE **353**

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS **375**

TABLE DES ILLUSTRATIONS **376**

TABLE DES MATIÈRES **378**

INTRODUCTION GÉNÉRALE

"It may be that the gulfs will wash us down:
It may be we shall touch the Happy Isles,
And see the great Achilles, whom we knew.
Though much is taken, much abides; and though
We are not now that strength which in the old days
Moved earth and heaven; that which we are, we are,
One equal-temper of heroic hearts,
Made weak by time and fate, but strong in will
To strive, to seek, to find, and not to yield."

Alfred LORD TENNYSON, Ulysses.

Comment concilier l'organisation concurrentielle du marché européen des communications électroniques et le contexte territorial de la régulation ? Quelle articulation entre les niveaux européen et national de gouvernance de la régulation de cette industrie de réseau ? Doit-on évoluer vers un modèle réglementaire plus centralisé ou plus décentralisé qu'à présent ? Existe-t-il une architecture institutionnelle optimale combinant l'action des régulateurs publics et privés ?

Ces questions sont au cœur du débat suscité par l'entrée en vigueur en 2003 du cadre réglementaire européen des communications électroniques et par la mise en place de la structure de gouvernance régissant le dispositif de coordination entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne. La structure de gouvernance réglementaire se caractérise en effet par des relations complexes entre les parties et des longs délais de mise en œuvre, qui questionnent sa pertinence et son efficacité au regard des caractéristiques du secteur. Alors que la Commission européenne prépare la révision du présent cadre juridique à l'horizon 2009-2010, ces questions montrent l'intérêt d'une analyse économique de la gouvernance réglementaire, qui permettrait d'identifier les formes d'organisation efficaces de la régulation[1].

Les réponses à ces questions déterminent le champ et les méthodes de tout système réglementaire ainsi que l'équilibre entre les différents niveaux institutionnels selon lesquels la régulation est mise en œuvre. La compréhension des enjeux suppose de replacer la régulation dans le contexte des changements qui affectent non seulement l'organisation de l'industrie des communications électroniques, mais aussi l'équilibre et la répartition des pouvoirs dans le cadre plus vaste de la construction institutionnelle et de l'efficacité des processus politiques de l'Union européenne.

[1] En février 2006, la Commission européenne a reçu plus de 200 réponses de la part des gouvernements, des régulateurs et des acteurs du secteur, suite à un appel à commentaires sur le projet de révision du cadre réglementaire des communications électroniques. De ces réponses émergent deux points importants : le degré d'harmonisation et le degré de décentralisation du dispositif réglementaire des analyses de marchés pertinents.

Il convient de rappeler ici les principaux éléments de la dynamique et de la portée économique de la régulation des communications électroniques dans le contexte de l'Union européenne. Nous présentons ensuite notre cadre théorique et la problématique adoptée, ainsi que l'originalité et l'intérêt scientifique de notre travail de recherche, avant d'énoncer le plan suivi dans cette thèse.

1. La réforme réglementaire du secteur des communications électroniques : d'une coordination par le contrôle à une régulation par la coordination

Les mutations qui ont affecté le secteur des communications électroniques depuis ces vingt dernières années se sont accompagnées d'une transformation des dispositifs de coordination réglementaire spécifiques à ces activités. La plupart des pays membres de l'Union européenne ont privatisé totalement ou partiellement leurs opérateurs publics nationaux et ont instauré un système national de régulation des marchés. Ces changements institutionnels, généralement suscités par l'évolution rapide des techniques de communications électroniques et de la structure de la demande de services, se sont traduits par une réorganisation en profondeur des pouvoirs publics. A l'issue du processus d'ouverture à la concurrence promu par la Commission européenne à la fin des années 1990, le paysage institutionnel s'est recomposé autour de nouveaux acteurs rivaux ou complémentaires des administrations nationales.

Dans ce contexte, l'organisation économique du secteur des communications électroniques est passée d'un secteur monopolistique et réglementé à un secteur ouvert et régulé, gouverné à la fois par la concurrence et des missions d'intérêt économique général. La régulation est apparue comme un nouveau mode d'action publique nécessaire au fonctionnement du secteur, au maintien de ses équilibres et à la réalisation de ses objectifs[2].

[2] Une définition de l'activité de régulation est « d'organiser ou de maintenir des équilibres économiques dans des secteurs qui n'ont pas, pour l'instant ou par leur nature, la force et les ressources de les produire eux-mêmes » (FRISON-ROCHE [2001a] p. 49).

La régulation consiste en la mise en œuvre d'outils juridiques propres à permettre l'établissement de la concurrence dans cette industrie particulière caractérisée par de fortes économies d'échelle, des investissements importants difficilement recouvrables et une innovation technologique rapide. Elle vise en particulier à limiter la distorsion concurrentielle générée par de fortes barrières à l'entrée qui ne laissent la place qu'à peu d'acteurs. De ce fait, ces derniers disposent d'un pouvoir de marché parfois significatif, qui peut s'exercer à l'encontre de l'optimum économique recherché par le décideur public. Le rôle de la régulation est alors d'encadrer les règles du marché de façon à conduire le secteur vers l'optimum : promotion des bénéfices du consommateur, efficacité et développement d'une concurrence effective et durable, aménagement du territoire, service universel, etc.

Toutefois, contrairement au modèle des commissions fédérales aux Etats-Unis d'Amérique, il n'existe pas au niveau de l'Union européenne d'institutions supranationales pour réguler les réseaux et les services de communications électroniques. La particularité de l'environnement institutionnel de l'Union européenne réside dans le jeu des interactions complexes entre institutions et dans la division du travail réglementaire. Elle repose fondamentalement sur le principe de subsidiarité qui vise à prendre en compte les spécificités des marchés nationaux[3].

La particularité de la régulation des réseaux et des services de communications électroniques au niveau européen tient à l'articulation entre des règles qui sont principalement communautaires (Traité, directives et règlements sectoriels) – et l'action des autorités nationales de régulation[4] – qui est principalement nationale. La mise en œuvre du cadre réglementaire communautaire est confiée d'une part, aux gouvernements et parlements nationaux chargés de le transposer dans les législations nationales, et d'autre part, aux autorités nationales de régulation dont la mission est de l'appliquer au quotidien. De cette sorte de division du travail réglementaire il résulte des

[3] Le principe de subsidiarité est un principe régulateur de l'exercice des compétences des Etats membres et celles de la Communauté, selon lequel « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire » (ISAAC [1994] pp. 49-51).

[4] Dans la suite de notre recherche, nous utiliserons indifféremment les termes « autorités nationales de régulation » et « régulateurs nationaux ».

relations de pouvoir et une spécialisation des différents niveaux hiérarchiques par type de décision.

Cette pluralité d'acteurs a conduit à l'émergence de formes de coopération à l'échelle européenne, sans pour autant épuiser le besoin d'une fonction européenne de régulation. Des structures en réseau sont apparues avec le développement corrélatif d'organes consultatifs qui confèrent un rôle croissant aux autorités nationales de régulation. Le Groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et des services de communications électroniques (GRE), qui réunit les autorités nationales de régulation de 33 pays[5], en est un exemple. Cet arrangement organisationnel qui consacre un nouveau mode de coopération à l'échelle européenne, par une institutionnalisation du « travail en réseau » des régulateurs, peut interpeller l'économiste. La mise en réseau des autorités nationales de régulation marque en effet l'avènement d'une nouvelle forme de coordination par délégation des pouvoirs des Etats. Cependant, en quoi ce choix organisationnel est-il guidé par une recherche d'efficacité économique ? Les autorités nationales de régulation soulèvent un défi pour l'Union européenne elle-même. Dans un souci de cohérence, doit-elle chercher à coordonner leur action ou du moins à les encourager en ce sens ? Ou bien doit-elle envisager l'instauration d'une instance européenne de régulation, sur le modèle de certaines agences européennes ? Ces questions posent des problèmes inédits, et à ce jour non encore résolus, de responsabilité politique et de contrôle démocratique. En somme, la question est de savoir qui aura quel pouvoir pour créer quelles externalités et ainsi engendrer quels ajustements de la réglementation.

2. Le choix du cadre théorique : une approche en termes de coûts de transaction

Les considérations qui précèdent nous amènent à nous interroger sur le cadre théorique à mobiliser pour notre recherche. La régulation, à travers les contraintes

[5] Le GRE comprend les régulateurs des 27 Etats membres de l'Union européenne dont la Roumanie et la Bulgarie depuis le 1er janvier 2007, les régulateurs des 4 Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (Suisse, Norvège, Islande et Liechtenstein) et de 2 Etats candidats à l'adhésion (Croatie et Turquie).

qu'elle impose aux agents, participe au problème économique défini comme la recherche de l'allocation des ressources, qui maximise la production de richesses.

Les différentes approches de l'économie de la réglementation fournissent des outils théoriques susceptibles d'éclairer les choix concernant les modes d'organisation de la régulation. Au Chapitre 3, nous passons en revue les apports et les limites des différents courants théoriques que sont l'économie du bien-être, l'Ecole des choix publics, la nouvelle économie publique et la théorie des coûts de transaction, pour nous aider à envisager dans une perspective d'efficacité les formes organisationnelles de la régulation. A la lumière des hypothèses de ces théories, nous privilégions la théorie des coûts de transaction pour les raisons que nous expliciterons au Chapitre 4.

L'économie du bien-être justifie l'intervention publique comme une réponse à l'existence de « défaillances de marché », c'est-à-dire là où les règles du marché échouent dans l'obtention d'un optimum économique. Toutefois, l'analyse des défaillances de marché par l'économie du bien-être compare les résultats du monde réel avec les référents hypothétiques d'un équilibre général concurrentiel parfait. La régulation des marchés de services publics de réseaux est considérée comme une boîte noire maximisant le bien-être social. Cette approche conduit à tirer des conclusions d'une étude d'une situation de marché simplifiée, ignorant notamment l'incidence des coûts irrécouvrables et de l'incertitude caractérisant les industries de réseaux.

La voie de recherche suivie par l'Ecole des choix publics assimile les processus de décision collective, à l'origine des choix politiques, à un échange entre les agents économiques. Ces décisions sont alors l'expression de l'intérêt des agents. Elles aboutissent à la création, ou à la conservation, de rentes. Cette théorie, si elle apporte des éléments d'explication à la création ou à la modification des réglementations, ne permet pas d'aborder la question de l'efficacité des dispositifs de régulation en place. Elle considère en effet que toute forme d'intervention publique, qui fournit aux agents économiques l'opportunité de modifier en leur faveur l'issue des échanges marchands, représente un gaspillage de ressources. Le choix des outils adaptés pour déterminer parmi les formes organisationnelles réalisables celle qui assure la plus grande production de richesses toutes choses égales par ailleurs n'est pas envisagé.

La nouvelle économie publique, quant à elle, met à jour la portée limitée de la thèse de l'intervention publique et en circonscrit le domaine de validité. Cependant, elle ignore les contraintes organisationnelles qui, dans la réalité, pèsent sur l'action

publique. De fait, elle ne précise aucune caractéristique des institutions, et ne traite ni du choix entre les solutions alternatives à l'intervention publique ni de leur efficacité comparée. Or la mise en évidence des défaillances de l'intervention publique conduit à remettre en cause, si ce n'est l'Etat en tant qu'acteur, à tout le moins ses modes d'action qui font désormais une part indéniablement plus large aux mécanismes de marché.

Confronté à l'existence de dispositifs institutionnels alternatifs, l'économiste compare leurs performances pour déterminer le dispositif le plus efficace et ainsi apporter une réponse en termes d'efficacité aux modalités d'organisation de la régulation. Dans cette perspective, le programme de recherche de l'économie institutionnelle de la réglementation s'appuie sur les concepts de droits de propriété et de coûts de transaction pour proposer un cadre général permettant la comparaison des modes alternatifs de coordination. La question de départ est de savoir dans quelles conditions les pouvoirs publics peuvent intervenir dans une économie de marché. Ce problème peut être abordé de deux manières : en partant de la supériorité *a priori* de l'un des mécanismes d'allocation sur l'autre ou aborder la question de manière pragmatique en se demandant face à un problème précis s'il vaut mieux en confier la solution aux pouvoirs publics ou au marché (GREFFE [1994] p. 49). C'est cette dernière approche que nous avons retenue pour entreprendre une analyse économique de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des marchés de communications électroniques.

Notre travail s'inscrit dans la perspective de l'économie institutionnelle et de l'économie politique de la réglementation. Nous privilégions la méthode d'analyse comparée et empirique prônée par la théorie des coûts de transaction. Les services publics organisés en réseau, comme les communications électroniques, constituent un champ d'application particulièrement intéressant pour cette théorie. D'une part, elle offre une grille d'analyse du design des institutions et de l'efficacité des choix organisationnels. D'autre part, elle nous semble particulièrement intéressante et féconde pour appréhender la pertinence et l'efficacité de la structure de gouvernance issue de la réforme du cadre réglementaire européen.

La multiplicité des acteurs et la quasi-contractualisation de leurs relations rendent complexe la nouvelle organisation réglementaire européenne. Certes, le nouveau cadre juridique, en combinant l'échelon national et l'échelon communautaire de la régulation des marchés, est un atout en ce qu'il donne aux institutions la souplesse et l'adaptabilité

nécessaires aux marchés, objet de la régulation. Mais, la complexité de la structure d'organisation, en multipliant les coûts de coordination, peut aussi être préjudiciable aux acteurs économiques. Ainsi, si la volonté politique de décentraliser le pouvoir de décision semble en accord avec l'application du principe de subsidiarité, il demeure la question de sa pertinence et de son adéquation avec l'objectif de constituer un marché unique des communications électroniques. Ce constat nuancé justifie que nous nous interrogions sur l'efficacité de la structure de gouvernance à la lumière des coûts de transaction.

Au terme de cette présentation de notre objet d'étude et du cadre théorique utilisé, il est possible de formuler la problématique suivie dans cette recherche et de circonscrire le champ de notre analyse.

3. Le dispositif européen de coordination réglementaire comme objet d'analyse

Notre travail s'intéresse au dispositif de coordination réglementaire mis en place pour réguler les marchés de communications électroniques à l'échelle de l'Union européenne, et notamment aux arrangements institutionnels régissant les relations entre les autorités nationales de régulation et les institutions européennes. La finalité de notre travail est de proposer une analyse économique du design institutionnel, des choix organisationnels et de l'efficacité du dispositif de coordination entre les institutions, en utilisant les concepts du programme de recherche néo-institutionnel.

Pour opérationnaliser notre recherche, nous avons choisi de nous focaliser sur les mécanismes de coordination régissant les relations entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne. L'architecture institutionnelle, issue de la réforme du cadre réglementaire européen, présente deux principales caractéristiques : l'articulation du droit commun de la concurrence et des règles sectorielles pour réguler les marchés, d'une part ; la coordination de nature contractuelle entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes, notamment à travers le GRE, d'autre part.

Cette thèse vise à répondre aux deux questions suivantes :

- quels sont les attributs de la structure de gouvernance réglementaire actuelle et quelles sont les caractéristiques de la régulation des marchés ?

- quelle serait la structure de gouvernance la plus efficace pour une régulation européenne des marchés au regard de la théorie des coûts de transaction ?

La première question concerne le design institutionnel de la régulation au niveau européen, c'est-à-dire l'équilibre entre une régulation par le centre (institutions européennes) et une régulation par la périphérie (délégation aux Etats membres). La construction du marché européen des communications électroniques pose la question de l'émergence d'une fonction de régulation communautaire autorisant une gestion européenne des réseaux et des services, en particulier pour développer l'harmonisation et l'équité des tarifs et des conditions d'accès, pour appliquer les règles aux interconnexions transfrontalières, ainsi que pour assurer aux opérateurs la sécurité juridique et la visibilité indispensables aux investissements de long terme.

La deuxième question a trait à la forme organisationnelle de la régulation. Avec la délimitation des marchés pertinents, puis l'identification des distorsions de concurrence, le raisonnement du droit de la concurrence force à mener une analyse en termes d'interactions des pouvoirs publics avec d'autres acteurs de nature économique et non plus, exclusivement, politique. Ce n'est plus le principe hiérarchique qui prévaut, mais celui de comparabilité (DU MARAIS [2004] p. 181). Dès lors que la primauté et l'unicité de l'intervention publique sont mises en cause, au moins trois options institutionnelles semblent envisageables : une régulation par la mise en réseau des pouvoirs publics, une corégulation entre les pouvoirs publics et les entreprises par la mise en œuvre conjointe des règles de contrôle des marchés, et une autorégulation par une endogénéisation de la mise en œuvre de ces mêmes règles par les entreprises concernées.

A la lumière de ce questionnement, les objectifs de notre recherche consistent précisément à :

- caractériser les modes possibles de coordination pour réguler les marchés de communications électroniques ;
- comparer et choisir parmi les structures de gouvernance candidates celle qui, comparativement, répond le mieux, c'est-à-dire celle la plus « alignée » sur les caractéristiques de la régulation des marchés.

4. La définition des champs de l'analyse

Nous avons circonscrit notre sujet de recherche à la portée et aux méthodes du dispositif européen de coordination de la régulation des marchés de communications électroniques. En l'occurrence, nous avons choisi de nous concentrer sur la répartition des compétences réglementaires entre les divers niveaux institutionnels de gouvernance auxquels est mise en œuvre la régulation, c'est-à-dire entre l'intérêt national et l'intérêt de l'Union européenne, et aussi entre les autorités qui définissent les règles et celles qui conduisent les analyses de marchés. Pour cette raison, nous ne traiterons pas la répartition des rôles entre :

- une régulation spécifique et une régulation relevant du droit de la concurrence, c'est-à-dire le contrôle du comportement des monopoles et des ex-monopoles (régulation de la conduite) et une régulation structurale ;
- les objectifs visant seulement l'efficacité économique et les objectifs plus larges, économiques ou non économiques, dans le domaine de la politique publique.

Il n'est certes pas aisé de quantifier l'efficacité de la réforme du cadre réglementaire européen des communications électroniques, et de comptabiliser les caractéristiques des relations complexes entre la Commission européenne et les autorités nationales de régulation. Toutefois, il nous semble que le cadre conceptuel fourni par la théorie des coûts de transaction permet d'appréhender la cohérence des caractéristiques institutionnelles pour construire une grille pertinente couvrant tout le champ organisationnel des avatars de la régulation.

De par le choix de notre objet de recherche, notre analyse est essentiellement qualitative. D'une part, elle est centrée sur l'appréciation des caractéristiques des arrangements institutionnels et sur le degré de formalisation des règles régissant leur fonctionnement. D'autre part, elle se fonde sur la compréhension fine du design institutionnel de la régulation des marchés pour mettre en lumière les mécanismes de coordination à l'œuvre dans l'allocation de l'autorité réglementaire et l'échange des droits de propriété politique.

Le champ de notre analyse est par ailleurs circonscrit géographiquement aux pays membres de l'Union européenne à l'exception des pays de l'Europe centrale et orientale et de la Méditerranée, dans la mesure où ces pays, qui ont intégré l'Union européenne le 1er mai 2004 (Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie) et le 1er janvier 2007 (Bulgarie et Roumanie), n'ont pas directement contribué à la genèse du nouveau cadre réglementaire. Outre le fait que ces pays se distinguent nettement du groupe des Quinze en raison de leurs caractéristiques institutionnelles et technico-économiques, ils se différencient aussi dans la manière dont ils ont transposé l'acquis communautaire (COMMISSION EUROPEENNE [2002c] ; GERUS [2003]). Cependant, leur adhésion n'est pas sans soulever des problèmes cruciaux de coordination que nous aborderons par ailleurs, à l'occasion de l'analyse de l'efficacité du dispositif de coordination réglementaire européen (Cf. Chapitre 5).

Avant d'énoncer le plan suivi dans cette thèse, nous revenons sur l'apport et l'intérêt de notre recherche, puis nous précisons le contenu de plusieurs termes qui sont au centre de notre analyse de l'organisation de la régulation, et nous détaillons les sources de données utilisées.

5. L'insertion de la recherche dans le programme néo-institutionnel

Notre travail de recherche aborde un champ peu exploré, et propose un point de vue original au regard de la littérature sur les institutions et les coûts de transaction. Il apporte un éclairage particulier en s'intéressant au design institutionnel de la régulation du secteur des communications électroniques et aux problèmes de coordination que la régulation implique. L'originalité et l'intérêt de notre recherche se situent à plusieurs plans.

Au plan du choix de l'industrie, les communications électroniques sont une catégorie d'infrastructure physique ayant un rôle productif important. Le cas des communications électroniques est exemplaire à au moins trois titres. Il l'est d'abord de par sa transformation d'un secteur monopolistique de service public en secteur ouvert à la concurrence. Il l'est ensuite parce qu'il représente un laboratoire de régulation et de fabrication de normes juridiques pour les autres secteurs de services publics de réseau. Il l'est enfin parce qu'il constitue l'un des vecteurs majeurs des nouveaux services à forte valeur ajoutée.

En outre, bien que l'organisation de la régulation du secteur des communications électroniques ait donné lieu encore à peu de recherches, c'est une question d'autant plus importante qu'elle est à la rencontre des trois chantiers européens d'actualité suivants :

- la construction de l'Europe des communications électroniques grâce à la formation d'un vaste marché unique et au développement d'infrastructures de réseaux transeuropéens ;
- l'élargissement de l'Union européenne à douze nouveaux Etats membres, aux approches et aux besoins particuliers dans les industries de réseaux ;
- l'approfondissement de l'économie de marché, comme moyen de faire de l'Union européenne l'espace économique le plus compétitif du monde en 2010, selon la stratégie dite de Lisbonne et l'initiative i2010 sur le rôle des technologies de l'information et de la communication.

Au plan théorique, notre démarche est originale dans la mesure où elle emprunte un axe théorique qui n'a pas, à notre connaissance, été utilisé jusqu'à présent pour étudier l'efficacité des arrangements institutionnels encadrant les relations entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes. L'originalité de notre travail réside dans le choix du cadre d'analyse de la théorie des coûts de transaction. Nous montrons que ce cadre d'analyse permet de mettre en évidence les mécanismes mis en œuvre pour limiter les problèmes de coordination et d'adaptation que pose la régulation d'une industrie de réseaux à l'échelle européenne.

L'approche contractuelle que nous adoptons distingue notre travail de recherche de la plupart des analyses relatives au cadre réglementaire européen des communications électroniques (BUIGUES, GUERSENT, PONS [2001] ; CAVE et LAROUCHE [2001] ; DE STREEL, QUECK, et VERNET [2002]). D'une part, ces analyses se concentrent essentiellement sur l'aspect de la convergence technologique pour expliquer la nécessité de réexaminer le dispositif juridique européen. Bien que déterminant, cet argument nous semble insuffisant pour expliquer à lui seul la nature et la complexité des arrangements institutionnels qui résultent de la réforme. D'autre part, ces analyses cantonnent souvent le niveau de gouvernance de la régulation des services publics de réseau à l'Etat - nation, alors que les transactions et la coopération sont de plus en plus interétatiques. Bien que les études sur la régulation des services publics de réseau dans les pays européens soient nombreuses (WALRAVE [1995] ; VANDAMME et MENSBRUGGHE

[1998] ; HENRY [1999] ; OCDE [2001] ; CURIEN [2001]), elles n'appréhendent que rarement la dimension supranationale.

Toutefois, si les réseaux ont généralement été bâtis sur une base nationale, des marchés d'envergure européenne, voire mondiale, se constituent. Se pose ainsi la double question du niveau d'exercice de la régulation et de la forme organisationnelle qu'elle doit revêtir. En outre, si les études portant sur le cadre réglementaire affirment la nécessité d'une coordination institutionnelle forte (COMMISSION EUROPEENNE [1999] ; CAVE et LAROUCHE [2001] ; BUIGUES, GUERSENT, PONS [2001] ; STOFFAËS [2003]), elles ignorent les coûts de coordination de la structure de gouvernance communautaire d'une part, et elles pèchent par leur méthode ou leur relatif indéterminisme d'autre part. Notre travail est donc novateur puisqu'il propose d'adopter l'approche de la théorie des coûts de transaction pour évaluer la pertinence et l'efficacité du dispositif européen de régulation.

Au plan empirique, l'intérêt de notre thèse réside dans l'analyse des problèmes soulevés par la coordination et le design des institutions réglementaires. Traditionnellement, l'étude des dispositifs institutionnels se limite aux institutions formelles, et n'intègre pas le rôle des administrations. Cependant, celles-ci sont des agents institutionnels particuliers qui n'ont été étudiés que dans une perspective essentiellement nationale. En outre, aucun travail de recherche, à notre connaissance, ne tente de comparer l'efficacité de la structure de gouvernance du cadre réglementaire européen des communications électroniques avec d'autres structures de gouvernance réalisables.

Notre travail éclaire le débat sur le choix entre une structure de gouvernance centralisée au niveau des institutions européennes et des structures décentralisées au niveau des Etats membres. A cet égard, un des apports de cette thèse est de caractériser les éléments de l'environnement institutionnel de l'Union européenne, qui permettent ou interdisent certaines formes de structures de gouvernance de la régulation au regard de l'industrie des communications électroniques. Pour y parvenir, nous avons attaché une attention toute particulière à développer une approche pluridisciplinaire de la question qui nous intéresse. Pour rendre compte d'une réalité complexe, notre thèse mobilise les connaissances des sciences économiques et juridiques pour saisir son objet d'analyse. Elle replace celui-ci dans le contexte historique et la trajectoire de l'intégration économique de l'Union européenne, en considérant la fonction du droit

comme instrument de coordination des institutions et le raisonnement économique comme instrument d'objectivation de la pratique des créateurs de la réglementation.

Au plan méthodologique, notre guide d'action repose sur la démarche comparative des modes de coordination, développée par l'économie néo-institutionnelle (COASE [1960] ; LEVY et SPILLER [1996] ; WILLIAMSON [1975, 1976, 1991 et 1999]) ; SPILLER et TOMMASI [2007]), pour comparer dans un contexte institutionnel précis les coûts de coordination de diverses options organisationnelles de la régulation. Le critère essentiel d'analyse que nous mobilisons est celui de la remédiabilité des structures de gouvernance. Nous comparons des organisations alternatives de la régulation dont nous mettons en balance les avantages et les inconvénients. Nous évitons par conséquent les erreurs liées à un raisonnement idéal, mais opérationnellement inadéquat en exposant systématiquement les forces aussi bien que les faiblesses des formes réalisables proposées.

6. Termes et définitions

Afin de lever certaines ambiguïtés au cours de notre analyse des formes organisationnelles de la régulation, il nous paraît utile de définir ici l'acception du concept de régulation que nous avons retenue.

Dans une définition issue de l'analyse micro-économique, la régulation constitue l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum requis par un marché incapable, en lui-même, de le produire (FRISON-ROCHE [2001a]). La régulation a alors pour objectif d'instaurer ou de préserver la concurrence. Il s'agit de favoriser l'entrée de nouveaux compétiteurs, de lutter contre les distorsions de la concurrence, notamment prévenir les abus de position dominante, voire de limiter les situations de monopole. La régulation économique a en général pour lieu de prédilection les marchés de « services publics » présentant la particularité d'être organisés autour de réseaux d'infrastructures physiques.

Toutefois, même si on constate que les incitations réglementaires affectent la performance des marchés de services publics, leur impact positif ou négatif n'est manifeste que si une structure de gouvernance réglementaire a été mise en place avec succès (LEVY et SPILLER [1996] p. 205). Les incitations réglementaires sont contraintes

par l'environnement institutionnel qui détermine la forme et la gravité des problèmes réglementaires, et qui limite les options disponibles pour les résoudre.

C'est sous cet angle que la définition de la régulation issue de l'économie de la réglementation nous paraît la plus pertinente pour notre recherche. Le terme « régulation » signifie l'ensemble des règles et des institutions qui permettent d'organiser les rapports entre les acteurs sur les marchés en garantissant un certain ordre public. La régulation veille à l'équilibre de la difficile combinaison de deux logiques, celle du marché et celle de la protection de l'intérêt général. Elle constitue l'ensemble des opérations consistant à concevoir des règles, à en superviser l'application, ainsi qu'à donner des instructions aux acteurs et régler les conflits entre eux lorsque le système de règles est incomplet ou imprécis. En conséquence, la régulation regroupe plusieurs modes d'intervention en une entité qui est différente des joueurs même si, dans le cas de l'autorégulation, elle émane des joueurs eux-mêmes. En ce sens, notre compréhension de ce que la régulation signifie est proche de ce que Barzel [1989] et North [1990] appellent un système de droits de propriété politique. La définition que nous en retenons est par conséquent la suivante : *la régulation consiste à échanger des droits de propriété réglementaire relatifs à l'exercice de l'autorité publique sur un marché de services publics de réseau déterminé. Ces « droits de réguler » peuvent être utilisés comme moyen de faire des choix en matière de politiques réglementaires et de structures de gouvernance*.

7. Les sources utilisées

Notre recherche a utilisé des données relatives au secteur des communications électroniques dans l'Union européenne, provenant de sources variées d'information. Ces sources incluent les rapports annuels de la Commission européenne sur la mise en œuvre du paquet réglementaire des communications électroniques couvrant la période de 1999 à 2006, ainsi que les données fournies par les publications des autorités nationales de régulation, de la Banque centrale européenne, d'Eurostat et de l'OCDE.

Pour réaliser l'analyse empirique de l'efficacité du dispositif de régulation européen (Cf. Chapitre 5), nous avons utilisé les données figurant dans les notifications des mesures réglementaires publiées par les autorités nationales de régulation, dans les

rapports du Cocom et du GRE, ainsi que les lettres de réponses et les rapports de la Commission européenne publiés dans le cadre de l'analyse des marchés.

8. La démarche choisie et le plan adopté

Au terme de cette introduction générale, il nous est possible de présenter l'organisation de cette thèse. Le plan adopté s'articule en sept chapitres qui permettent de présenter notre sujet d'étude, de construire puis de valider un cadre théorique intégrant l'efficacité des formes organisationnelles de la régulation dans une perspective néo-institutionnelle.

Le Chapitre 1 propose une lecture des modes de coordination réglementaire en vigueur avant la réforme du cadre réglementaire européen de 2002. Il vise à expliquer la transformation du rôle traditionnel des administrations nationales des télécommunications et le développement de nouveaux acteurs institutionnels rivaux ou complémentaires à la veille de la réforme. La transition d'une économie de la réglementation vers une nouvelle économie de la régulation se présente sous l'aspect d'ensembles d'acteurs hétérogènes, porteurs d'intérêts multiples et conflictuels. Cette mise en perspective des relations complexes entre les institutions réglementaires nationales et communautaires d'une part, et les acteurs du marché d'autre part, nous conduit à étudier les enjeux et les facteurs explicatifs de la genèse du cadre réglementaire européen des communications électroniques.

Le Chapitre 2 fournit l'arrière-plan empirique aux questions théoriques soulevées par la régulation décentralisée d'un marché de services publics de réseau. Il étudie la genèse du cadre réglementaire et ses conséquences pour la régulation des marchés de communications électroniques. Il décrit la structure de la régulation des marchés en insistant sur les mécanismes de coordination entre les institutions réglementaires. L'ancienne approche fondée sur la coordination par le contrôle de la Commission européenne est remplacée par une architecture institutionnelle complexe reposant sur des relations de nature contractuelle entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne.

Le Chapitre 3 fait une revue de la littérature sur la gouvernance des marchés de services publics de réseau. Après avoir mis en exergue les apports et les limites des approches théoriques de l'économie du bien-être, de l'Ecole des choix publics et de la

nouvelle économie publique, nous expliquons notre choix de privilégier la théorie des coûts de transaction. D'une part, la théorie des coûts de transaction se fonde sur la démarche comparative et positive de l'économie institutionnelle de la réglementation qui prend en compte les défaillances du marché comme les défaillances de la réglementation. D'autre part, cette théorie prône que l'intervention publique est une solution théorique parmi d'autres. L'arbitrage en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution est une question empirique, où les caractéristiques des transactions, l'incertitude et l'opportunisme constituent les variables de choix.

Le Chapitre 4 affine le cadre théorique d'analyse pour nous permettre d'appréhender les problèmes de coordination et d'efficacité que pose l'articulation des niveaux et des modes de gouvernance de la régulation. Il ancre notre démarche dans la lignée des travaux contemporains de la théorie des coûts de transaction (WILLIAMSON [1991 ; 1999] et de l'approche contractuelle de la régulation des marchés de services publics de réseau (GOLDBERG [1976] ; LEVY et SPILLER [1996]). L'approche contractuelle de la régulation que nous adoptons consiste à mettre en correspondance attributs des transactions sur les droits de réguler et dispositifs de coordination réglementaire. Elle nécessite d'une part, de définir les structures de gouvernance alternatives réalisables et, d'autre part, de les discriminer selon le critère de remédiabilité de telle sorte que pour une transaction donnée, chaque structure de gouvernance a un coût de fonctionnement qui lui est propre. Le critère de choix de la solution à retenir est alors celui de la minimisation des coûts de coordination en fonction de la spécificité temporelle des processus de décision, de l'environnement institutionnel et de la prise en compte des hypothèses de la rationalité limitée et de l'opportunisme.

Le Chapitre 5 mobilise les concepts de la théorie des coûts de transaction pour étudier la pertinence et l'efficacité du dispositif européen de coordination réglementaire. D'une part, ce chapitre justifie notre choix d'étudier le dispositif de coordination réglementaire européen mis en œuvre pour réguler les marchés pertinents. D'autre part, il analyse les caractéristiques et les coûts de coordination des relations réglementaires à la lumière des concepts de la théorie des coûts de transaction. Il met en particulier l'accent sur la spécificité temporelle du processus de l'analyse des marchés, caractérisé par des procédures longues et complexes, l'interdépendance des parties, et le risque de déphasage entre les étapes de la réalisation de l'analyse des marchés.

Le Chapitre 6 justifie notre choix d'étudier trois catégories de structures de gouvernance que nous désignons par les termes « régulation », « corégulation » et « autorégulation ». Ces structures de gouvernance sont autant de formes d'organisation des pouvoirs de décision et de contrôle sur les marchés. Parmi ces formes, il convient de choisir celle pour laquelle la somme des coûts de coordination est relativement la plus faible. Ce chapitre dresse les caractéristiques des structures de gouvernance identifiées et les compare à l'aune du degré de minimisation des coûts de coordination qu'elles permettent. La méthode de comparaison consiste à mettre en balance les avantages et les inconvénients de chaque structure de gouvernance. Pour ce faire, nous mettons en correspondance les caractéristiques de la régulation des marchés avec les caractéristiques des structures de gouvernance réalisables.

Le Chapitre 7 choisit la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de l'analyse des marchés. Cela nous est possible en établissant un arbre de choix des structures de gouvernance en fonction des critères d'alignement que nous déduisons des facteurs critiques de la régulation des marchés. Les critères d'alignement conditionnent la mise en correspondance entre les caractéristiques des structures de gouvernance, les attributs des formes organisationnelles et les caractéristiques contractuelles. Nous montrons alors comment les dotations de l'environnement institutionnel européen influencent la réalisation de l'alignement théoriquement optimal.

La conclusion générale clôt notre travail par plusieurs remarques sur la portée de la démarche suivie, les pistes futures de recherche et les enseignements personnels tirés de ce travail d'analyse.

CHAPITRE 1.
LES MODES DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS AVANT 2002

« L'élaboration de politiques de régulation par l'intermédiaire d'autorités agissant en dehors de l'autorité ou de la supervision hiérarchique exercée par l'administration centrale est en train de devenir la nouvelle frontière des politiques publiques et de l'administration publique en Europe ».

MAJONE [1996] p. 33.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 1

Si la souveraineté et la défense nationales, les missions d'intérêt général et les enjeux stratégiques ont pu justifier le contrôle et la réglementation du secteur des télécommunications par et entre les Etats européens, la construction du Marché unique remet en question la répartition et l'exercice des compétences, et pose la question de l'émergence d'une fonction de régulation à l'échelle du marché de l'Union européenne.

Cette fonction de régulation s'oppose à la fonction de redistribution qui est traditionnellement l'apanage des pouvoirs publics nationaux et infranationaux. Elle se manifeste par le passage d'une phase d'intégration passive, visant essentiellement la suppression des obstacles à la réalisation du marché intérieur, à une phase d'intégration active, combinant différents instruments parmi lesquels l'harmonisation des législations nationales.

Ce passage marque l'entrée de la Communauté européenne dans un domaine d'action se caractérisant par sa portée politique et par le fait de se situer au cœur de la souveraineté des peuples européens. Par un effet de débordement en matière de coordination des politiques économiques[6], la définition de règles communes pour réguler les marchés de communications électroniques a cédé peu à peu le pas à des instruments flexibles d'intégration favorisant la mise en réseau des acteurs publics et privés.

Toutefois, la plupart des analyses relatives au cadre réglementaire européen des communications électroniques ne s'intéressent pas aux modes de coordination du secteur et à ses caractéristiques institutionnelles avant la réforme de 2002. Elles se bornent à considérer l'effet de la convergence des technologies sur la structure de l'industrie et l'évolution des marchés pour justifier le besoin d'adapter le dispositif communautaire.

---

[6] Les théoriciens néo-fonctionnalistes de l'intégration européenne, comme Ernst Haas, expliquent la croissance des compétences communautaires en fonction de la « logique d'expansion de l'intégration sectorielle ». Haas postule un processus de « débordement fonctionnel » où la décision initialement prise par les gouvernements de déléguer à une institution supranationale des pouvoirs de décision publique dans un certain secteur crée inévitablement une pression favorable à l'extension des compétences de cette institution aux domaines de décision voisins (HAAS [1958] pp. 49-50). Toutefois, dans le cas des politiques de régulation, la notion de débordement fonctionnel est une condition nécessaire, mais aucunement suffisante, de l'extension des compétences de la Communauté (MAJONE [1996] p. 58).

Or il nous apparaît que la division du travail réglementaire et le partage des compétences entre les Etats membres de l'Union européenne et les instances communautaires ont conditionné de manière contraignante la nouvelle structure d'organisation. L'étude de l'évolution des caractéristiques institutionnelles du secteur est ainsi préalablement nécessaire pour apprécier l'étendue et l'effet des changements organisationnels, et mesurer la pertinence et l'efficacité du design institutionnel de la régulation, issu de la réforme en 2002.

Ce chapitre est structuré en deux sections. La section 1 passe en revue les développements qui ont profondément bouleversé le secteur des télécommunications depuis 1984, date de la première étape de la politique communautaire dans le domaine des télécommunications. Notre objectif n'est pas de détailler les nombreux épisodes qui ont jalonné l'évolution du secteur, mais de fournir une vue schématique des principaux changements institutionnels et réglementaires déterminants. Le processus d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications a conduit à l'émergence de nouveaux acteurs institutionnels au sein de l'Union européenne. La mise en conformité des législations nationales avec les directives européennes de libéralisation et d'harmonisation entraîna la réorganisation des autorités publiques selon deux principales lignes de force : la séparation entre le gouvernement et le monopole historique ; la création d'une autorité de réglementation spécialisée.

La section 2 met en évidence que la création d'autorités administratives indépendantes pour réguler les marchés ouverts à la concurrence a participé, avec la privatisation des opérateurs historiques, au développement de nouvelles formes de coordination réglementaire. Cette section posent ainsi deux questions importantes au regard de la gouvernance européenne de la régulation : pourquoi les régulateurs nationaux coopèrent-ils ? Quels mécanismes utilisent-ils pour coopérer ? Il y a dix ans, ces questions n'auraient pas eu de sens, pour la simple raison que les régulateurs n'existaient pas en Europe. Mais, c'est précisément l'évolution des rapports de pouvoir entre les acteurs institutionnels en présence qui a déterminé la genèse du nouveau cadre réglementaire européen et l'émergence d'une mise en réseau de la régulation des marchés de communications électroniques.

SECTION 1. LA TRANSFORMATION DU RÔLE TRADITIONNEL DES ADMINISTRATIONS NATIONALES

Le processus d'ouverture à la concurrence instauré dans l'Union européenne a conduit, à partir de 1984, à remettre en question le rôle traditionnel des administrations nationales des télécommunications. Il a profondément modifié tant la réglementation que le statut des administrations opérant dans ce secteur (section 1.1.). Aussi bien dans son aspect organisationnel que réglementaire, l'évolution du rôle des pouvoirs publics peut être appréhendée à travers trois faits stylisés caractérisant l'ouverture à la concurrence des télécommunications en Europe (CURIEN et DUPUY [1996] ; MAJONE [1998]) : le mouvement de libéralisation des réseaux et des services orchestré par les instances européennes ; la privatisation des opérateurs publics nationaux ; et la création d'une fonction de régulation nationale. Cela nous permet, dans un second temps, d'expliquer l'émergence de nouveaux acteurs institutionnels et le développement de nouvelles formes de coordination réglementaire à la veille de la réforme de 2002 (section 1.2.).

1.1. Le mouvement européen de libéralisation des réseaux et des services

Au début des années 1980, la libéralisation du secteur des télécommunications s'imposa sous la pression du progrès technologique, de la doctrine néo-libérale[7], et de la demande des grands utilisateurs d'affaires comme les entreprises multinationales. En Europe, elle fut le résultat d'un long processus politique et d'une « programmation » préalable mise en place par la Commission européenne après négociation avec et entre les Etats qui voulaient contrôler l'introduction de la déréglementation sur leur territoire (BANCEL-CHARENSOL [1996])[8].

[7] La doctrine néo-libérale ou néolibéralisme admet une intervention limitée de l'Etat.

[8] Si la vague néo-libérale partie des Etats-Unis à la fin des années 1970 ou encore les progrès technologiques ont incité plusieurs Etats membres à déréguler leurs services publics avant que la Commission européenne n'ait elle–même proposé des mesures analogues dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, les dispositifs communautaires instaurés à ce titre ont joué un rôle décisif, en accélérant le rythme des changements et même, dans plusieurs cas, en les provoquant (FUCHS [2001]).

C'est en effet en 1985 que les dix pays alors membres de la Communauté économique européenne (CEE)[9] s'accordèrent pour réviser le Traité de Rome, et relancer l'intégration européenne par un « Acte unique européen »[10]. Bien que les télécommunications aient toujours été considérées par les autorités communautaires comme un secteur clé de la constitution d'un marché unique européen, la marche vers une « Europe des télécommunications » s'effectua par étapes successives. Le secteur des télécommunications a ainsi subi un processus graduel de libéralisation s'accompagnant de la création d'un cadre réglementaire commun ainsi que de l'application des règles de la concurrence, sans toutefois le démantèlement des opérateurs historiques.

1.1.1. Le processus graduel de libéralisation des marchés de télécommunications

C'est en 1984 que remonte la première étape de la politique communautaire dans le domaine des télécommunications avec l'adoption par le Conseil de l'Europe, le 17 décembre, du premier programme d'action visant à favoriser l'émergence d'un marché européen unique des services et des équipements et à contribuer à l'amélioration de la compétitivité des industries et des prestataires de services européens.

Un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes en date du 20 mars 1985 constitua le point de départ de la déréglementation sur le marché européen des télécommunications. Cet arrêt mit en lumière l'absence d'une politique harmonisée des télécommunications entre les Etats membres[11]. Chaque pays accordait à l'organisme détenant le monopole des pouvoirs divers qui avaient toutefois pour point commun le protectionnisme national.

Après avoir étudié les premières expériences de libéralisation aux Etats-Unis, en Grande Bretagne, au Japon, et en Nouvelle Zélande, et proposé une évaluation économique des coûts associés au cloisonnement des marchés nationaux dans le

[9] En 1985, les pays membres de la CEE sont la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la République fédérale d'Allemagne et le Royaume-Uni.
[10] Ratifié par tous les pays en février 1986, puis par tous les parlements nationaux en 1987, ce document prévoyait la mise en place effective d'un marché unique fondé sur le principe de la libre circulation des produits, des services, des capitaux et des personnes pour le 1er janvier 1993.
[11] Dans cette affaire, la Cour de Justice jugea que les règlements pris par British Telecom en vertu de son pouvoir normatif limitaient de manière abusive l'activité des agences de réexpédition de messages télex vers l'étranger.

secteur[12], la Commission européenne publia le 30 juin 1987 un *Livre vert* sur le développement du marché commun pour les réseaux, les services et les équipements de télécommunications, dont l'objectif général consistait à initier un projet global de développement des réseaux et des services dans la CEE. Il s'agissait plus précisément de fournir aux utilisateurs européens une large gamme de services à des conditions avantageuses, afin d'assurer un développement cohérent de ces réseaux et de ces services au sein des Etats membres, et de créer un environnement ouvert à la concurrence.

Une deuxième étape fut franchie lorsqu'en juin 1993 le Conseil des ministres européens parvint à un accord sur l'ouverture totale des marchés de télécommunications à compter du 1er janvier 1998. Ce principe fut inscrit dans le droit européen par la directive du 13 mars 1996 portant libéralisation totale. Dans l'intervalle, le processus d'ouverture fut progressivement étendu aux communications par satellites en 1994, aux réseaux câblés en 1995, et aux services mobiles en 1996. Il a été relayé par des dispositions d'harmonisation successivement appliquées aux terminaux en 1991, aux lignes louées en 1992 et à la téléphonie vocale[13] en 1995.

Au 1er janvier 1998, l'essentiel des dispositions communautaires en vue de la libéralisation était donc établi. Le dispositif juridique qui en résulta reposait sur trois principaux instruments juridiques décrits à la figure n°1 ci-après : les directives de libéralisation[14], les directives d'harmonisation, et les règles du droit commun de la concurrence.

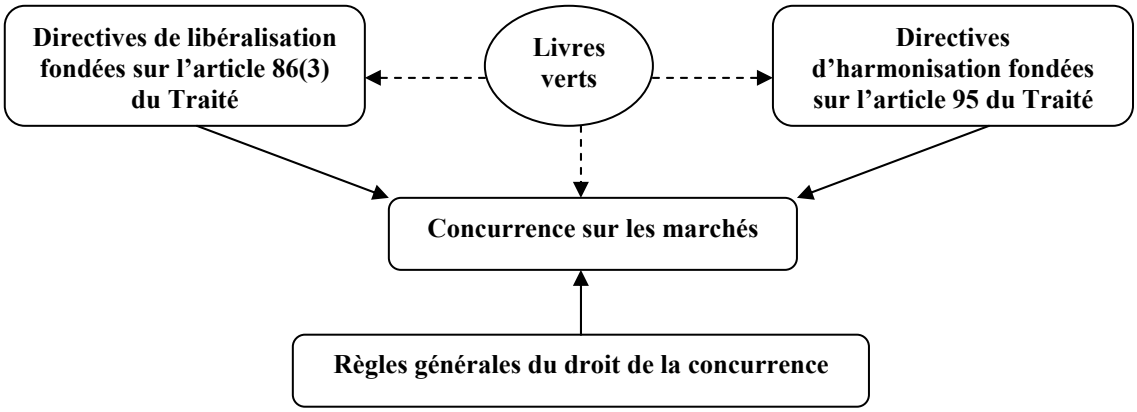
---

[12] Voir MÜLLER [1988], EMERSON [1992], et COMMISSION EUROPEENNE [2003a].

[13] Relèvent de la téléphonie vocale les télécommunications reposant sur le transport direct de la voix en temps réel entre deux points de terminaison d'un ou plusieurs réseaux publics commutés dont l'exploitation commerciale est ouverte au public. En d'autres termes, il s'agit du service téléphonique classique.

[14] Les directives sont des actes que les Etats doivent transposer dans leur droit interne sous certains délais. Ils disposent pour cela d'une compétence quant à la forme et aux moyens. « Les directives de libéralisation ont éliminé beaucoup d'obstacles à la concurrence, et les directives d'harmonisation ont établi les bases sur lesquelles les autorités nationales concernées ont assuré la coordination nécessaire. Cette symétrie est un apport profondément original de l'Union européenne » (COHEN et HENRY [1997] p. 31).

Figure n°1 : Les instruments juridiques de la libéralisation



Les directives de libéralisation, prises directement par la seule Commission européenne, ouvrirent successivement les différents services de télécommunications à la concurrence[15]. Les directives d'harmonisation, prises par le Conseil des ministres et, le cas échéant, par le Parlement européen, eurent pour objet d'édicter les principes directeurs du modèle concurrentiel européen comme l'interconnexion des réseaux, les régimes de licences et le service universel[16].

1.1.2. La voie de la concurrence sans le démantèlement des monopoles historiques

La voie de l'ouverture à la concurrence qui consiste à autoriser l'accès des infrastructures aux nouveaux opérateurs sans exiger le démantèlement des monopoles historiques a été celle suivie par la Commission européenne. En effet, l'autorisation d'accès aux tiers n'oblige pas à scinder les monopoles historiques en une partie correspondant à la gestion du monopole naturel et une autre à la prestation de services à

[15] Il s'agit de la directive 88/301/CEE du 16 mai 1988 relative à la concurrence sur les terminaux, la directive 90/388/CEE du 28 juin 1990 relative à la concurrence sur les marchés des services de télécommunications. Celle-ci a été modifiée successivement par la directive 94/46/CE du 13 octobre 1994 relative aux communications par satellite, la directive 95/51/CE du 18 octobre 1995 relative aux réseaux câblés, la directive 96/2/CE du 16 janvier 1996 relative aux mobiles, la directive 96/19/CE du 13 mars 1996 portant libéralisation complète.

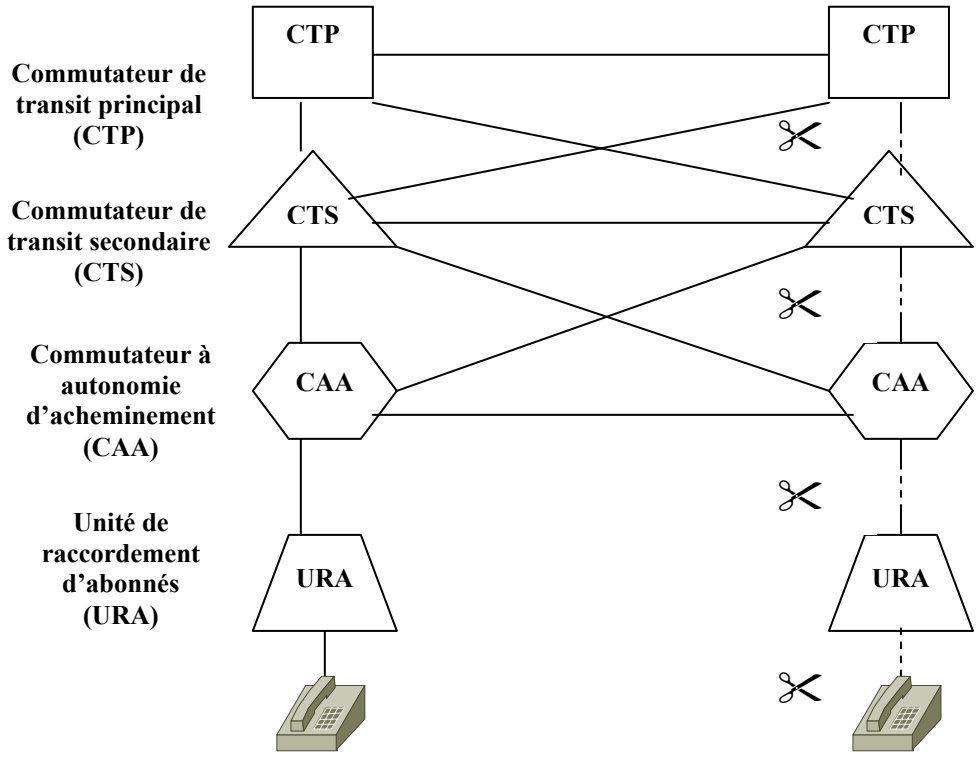
[16] Les principaux textes sont les directives dites de fourniture d'un réseau ouvert (*Open Network Provision*). Ce concept vise à harmoniser les conditions d'accès et d'utilisation des services et réseaux accessibles au public. Ces conditions doivent être transparentes, objectives, proportionnées et non discriminatoires.

partir du réseau. Toutefois, la concurrence des marchés de services fut de loin la plus délicate à organiser, s'agissant de l'ouverture de marchés jusque là réservés à l'opérateur public. En outre, elle impliquait un juste équilibre entre la création d'un cadre réglementaire autorisant la libéralisation et l'élaboration de règles permettant d'assurer une concurrence loyale entre les opérateurs publics et privés.

Ce choix correspondait aux propositions du *Livre vert* qui cherchait à instaurer un équilibre entre l'obligation de sauvegarder le service public et la volonté de développer le marché en le libéralisant. La Communauté voulait et devait avoir une infrastructure de réseau efficace ainsi que des administrations de télécommunications fortes dans un environnement concurrentiel. Ainsi, la Commission européenne reconnaissait-elle la mission traditionnelle de service public des administrations des télécommunications, et, en particulier, leur devoir de fournir un service universel. Elle admettait que des Etats membres puissent continuer de confier, sous certaines conditions strictes, à leur administration des télécommunications l'exclusivité ou des droits spéciaux pour la mise à disposition de l'infrastructure du réseau, pour des raisons d'efficacité, de viabilité financière et d'intégrité du réseau. De même, elle acceptait le maintien du principe de l'exclusivité et de droits spéciaux pour la fourniture exclusive d'un nombre limité de services de base par les administrations des télécommunications, sous réserve d'un examen périodique à la lumière des évolutions technologiques (BENSOUSSAN [1996] p. 271).

La Communauté développa des principes communs fixant les conditions générales de fourniture de l'infrastructure du réseau par les administrations des télécommunications aux utilisateurs et aux prestataires de services concurrents. Les administrations devaient accepter des obligations précises d'interconnexion avec les prestataires de services, harmoniser les conditions d'accès à leur réseau et notamment les interfaces techniques, l'attribution des fréquences et les principes de tarification. C'est ainsi que la concurrence fut introduite au niveau des différentes couches hiérarchiques du réseau téléphonique comme le montre le schéma n°1 ci-après.

Schéma n°1 : L'ouverture à la concurrence au sein du réseau téléphonique



Légende :

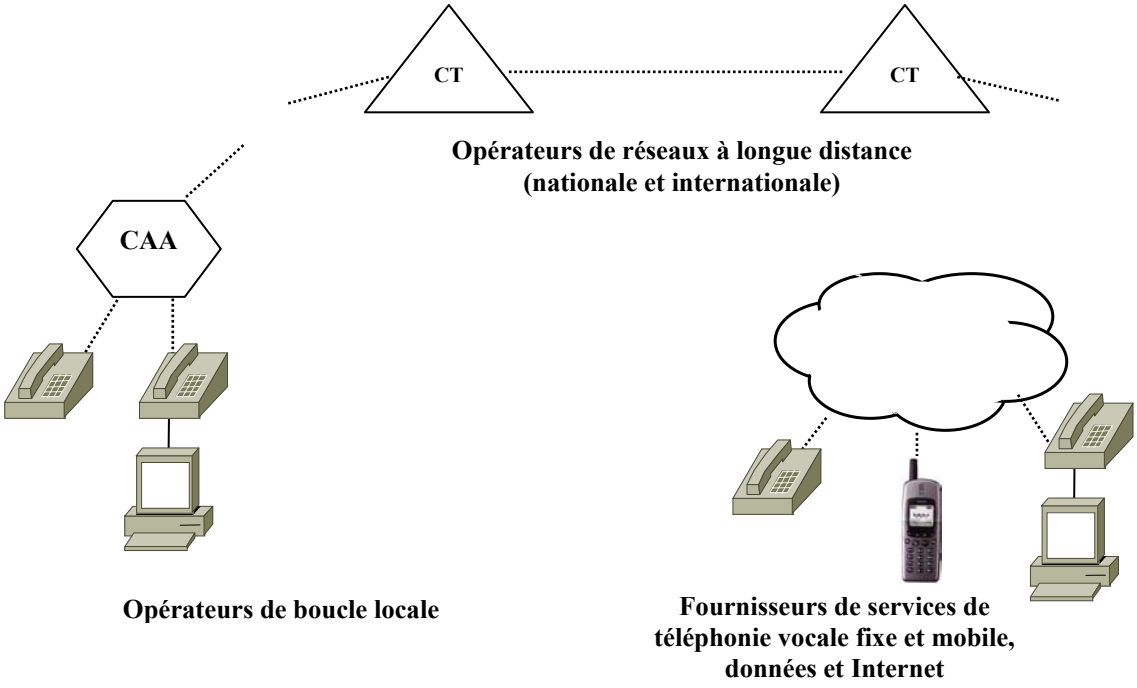
✂ ┆ : ouverture à la concurrence aux points d'interconnexion et d'accès des nouveaux opérateurs.

_____ : liaison entre éléments de réseau pour le transport du trafic voix et données.

Source : adapté de BELLEC [2002].

La transformation structurelle du secteur s'est traduite par la multinationalisation et la remise en cause des structures horizontales et verticales. La croissance des marchés de télécommunications et leur internationalisation ont en effet multiplié le nombre de nouveaux opérateurs venus de pays européens voisins (COMBES, JULLIEN et SALANIE [1997] pp. 22-23). L'ouverture à la concurrence a conduit à la création de nouveaux types d'opérateurs de réseaux et de fournisseurs de services face aux opérateurs publics historiquement en monopole. Comme le montre le schéma n°2 ci-après, il s'agit d'opérateurs de boucle locale et de réseaux longue distance, ainsi que des fournisseurs de services de base et à valeur ajoutée. Par ailleurs, en dehors des seuls services de base, principalement le service de la téléphonie vocale, tous les autres services devaient pouvoir être offerts librement à l'intérieur des Etats membres ou entre Etats membres, en concurrence avec les administrations de télécommunications.

Schéma n°2 : Les nouveaux opérateurs de réseaux et fournisseurs de service



1.2. La privatisation des monopoles publics

La plupart des pays membres de l'Union européenne ont privatisé totalement ou partiellement leurs opérateurs publics nationaux. La transformation statutaire des opérateurs publics de télécommunications s'accompagna d'un dispositif organisant l'autonomie de gestion des opérateurs historiques à travers de nouvelles règles consacrant la séparation entre les fonctions de contrôle et d'exploitation de réseau.

1.2.1. La transformation des opérateurs publics de télécommunications

Depuis les premiers temps de la télégraphie, la réglementation et la fourniture des services de télécommunications ont été dans tous les pays européens, à la différence des Etats-Unis[17], une responsabilité traditionnelle des Etats (UIT [1995]). Des considérations ayant trait à la souveraineté et à la défense nationales, aux missions de service public et

[17] Aux Etats-Unis, l'exploitation des réseaux et services de télécommunications a toujours été confiée à des firmes privées en monopole local sous le contrôle d'agences publiques chargées de la régulation des marchés (BROUSSEAU, PETIT, PHAN [1996]).

aux enjeux stratégiques de politique industrielle avec le développement de « champions nationaux » ont longtemps justifié l'appropriation par les pouvoirs publics des infrastructures de télécommunications (CHAMOUX [1993] ; NOUMBA UM [1995] ; COHEN et HENRY [1997] ; BOYLAUD et NICOLETTI [2001]). Le mode d'organisation et les conditions de fonctionnement des services de télécommunications leur ont ainsi conféré le statut de services publics administratifs (MELLERAY [2003] ; PHILIP [2003]).

Des années 1930 jusqu'à la fin des années 1970, l'organisation industrielle du secteur des télécommunications dans les pays européens est donc dominée soit par des entreprises publiques placées sous le contrôle étroit des gouvernements (établissement public en Belgique, entreprise publique en Espagne, par exemple)[18], soit par des administrations d'Etat (notamment en France et en Allemagne) en position de monopole de droit, en charge de la gestion directe sur l'ensemble du territoire national des couches morphologiques du réseau téléphonique public, c'est-à-dire l'infrastructure, l'infostructure[19] et les services finals (CURIEN et DUPUY [1996]). Les réseaux publics s'organisaient sur le principe des systèmes « propriétaires » fermés, dédiés à un service unique, et étaient interconnectés au plan mondial de manière coopérative, c'est-à-dire sous la direction des Etats. De fait, le principe d'unité et d'intégrité du réseau téléphonique au sein d'un système hiérarchisé a résulté d'une construction historique (PHAN [1996] p. 323), et d'une volonté politique en harmonie avec une tradition administrative centralisatrice et interventionniste (NOUMBA UM [1995] p. 34) ; HEADRICK [1995]). Le monopole d'Etat se traduisait pas une conception régalienne de ce monopole. En effet, le service public apparaissait comme une simple redondance du monopole, puisque les compétences publiques recouvraient l'intégralité du secteur. Le fondement économique du monopole était alors de permettre la réalisation de substantielles économies d'échelle. Le service public du téléphone reposait sur une double logique, à savoir l'unité de produit et la péréquation des tarifs : un produit unique ou dominant, le téléphone par rapport au télégraphe, véhiculé par un réseau

[18] Le mode d'exploitation sous contrôle étatique devint le plus fréquent entre 1918 et 1945, sauf dans certains pays comme l'Espagne, où une concession privée fut attribuée pour l'ensemble du réseau de 1925 jusqu'à la nationalisation en 1946. Dans certains pays, des réseaux sous monopole local privé ou municipal subsistèrent, de plus en plus marginalement, dans certaines zones comme aux Pays-Bas jusqu'en 1938, en Italie jusqu'en 1958 et en Suède jusqu'en 1964 (LIBOIS [1983]).

[19] L'*infostructure* est constituée de services intermédiaires de commande-contrôle, c'est-à-dire de services autoconsommés par le réseau pour en assurer le fonctionnement. Elle a pour fonction d'optimiser l'emploi de l'infrastructure et de piloter les flux qu'elle transporte (CURIEN et DUPUY [1996] p. 9).

unique et auquel une grille tarifaire uniforme était appliquée. Mais, cette logique allait se trouver progressivement ébranlée.

A partir des années 1980, la position de monopole et le statut des exploitants publics européens dans la fourniture des services de télécommunications ont été progressivement remis en cause. D'une part, le mariage du téléphone et de l'informatique bouleversa les technologies, et rendit inévitable l'ouverture à la concurrence des nouveaux services offerts aux utilisateurs sur des marchés qui devenaient très largement internationalisés. La logique du service public, fondée sur l'unité du produit et la péréquation des tarifs, devenait incapable de répondre à cette demande. Du côté de l'offre, le monopole ne pouvait se dilater jusqu'à couvrir l'intégralité des nouveaux services. D'autre part, l'efficacité du contrôle des pouvoirs publics ainsi que la capacité des monopoles publics à garantir la qualité et la pluralité des services offerts aux consommateurs furent contestées. En effet, la gestion des administrations se caractérisait par la faiblesse des incitations à innover et à minimiser les coûts, la pesanteur des mécanismes budgétaires, et les rigidités de gestion du personnel fonctionnaire (BROUSSEAU, PETIT, PHAN [1996]). Outre les facteurs idéologiques, ce sont les raisons pour lesquelles les opérateurs historiques de télécommunications ont été transformés en établissements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, puis en sociétés anonymes dont l'Etat détient directement ou indirectement tout ou partie du capital[20].

L'une des justifications de l'association du monopole à un service public est que seule la puissance publique peut permettre d'accorder à tous les citoyens certains droits dans les mêmes conditions. Mais, avant même la fin des années 1990, la notion de service public devait se détacher du débat monopole / concurrence. En effet, ce sont les obligations imposées aux exploitants qui donnaient sa véritable portée au concept de service public, à savoir : le respect de l'égalité de traitement des usagers ; le respect du cahier des charges (permanence, disponibilité, qualité, neutralité, respect des prescriptions exigées par la défense et la sécurité publique).

[20] Le Royaume-Uni, sous le gouvernement de Margaret Thatcher, a fait figure, dès 1984, de précurseur en Europe en cédant 50,2% du capital de British Telecom (BT), et en établissant un duopole entre BT et Mercury (filiale de Cable & Wireless) (THATCHER [1999] p. 148).

En conséquence, dès lors qu'il devenait possible d'imposer à une entreprise privée le respect des contraintes du service public, il n'était plus nécessaire de confier le service public à une entreprise d'Etat détenant un monopole.

1.2.2. La séparation entre les fonctions réglementaires et opérationnelles d'exploitation

La première étape de la transformation des opérateurs publics a consisté, en vertu du *Livre vert* de la Commission européenne de 1987, à séparer la charge de la réglementation (délivrance des licences, attribution des fréquences, et surveillance générale des conditions d'utilisation des réseaux), en la confiant aux ministères de tutelle, et la fonction d'exploitation des réseaux, en la laissant aux entreprises publiques. La séparation entre les fonctions de contrôle et d'exploitation de réseau était sans doute la plus aisée à mettre en œuvre, dans la mesure où le *Livre vert* contribua à « débloquer » d'anciens compromis institutionnels où les administrations nationales des télécommunications étaient devenues à la fois juges et parties, responsables de la réglementation et acteurs sur des marchés de plus en plus concurrentiels (PHAN [1996]).

Dans un deuxième temps, la restructuration des entreprises publiques donna lieu à la scission des activités postales et de télécommunications. Cela mit fin aux subventions croisées en faveur de l'activité postale, qui permettaient de compenser le différentiel de rentabilité et de productivité par rapport à l'activité des télécommunications.

Enfin, la privatisation des opérateurs publics, i.e. le transfert total ou partiel de droits de propriété du secteur public vers le secteur privé[21], constitua la dernière étape. Celle-ci consacra à la fois le recul de l'Etat en tant qu'opérateur économique dans la fourniture des services et l'exploitation des réseaux de télécommunications ouverts au public[22], et l'émergence de l'Etat actionnaire[23] (MINEFI [2001]).

---

[21] Le courant de privatisation constaté dans l'Union européenne ne fut pas une conséquence directe du Traité qui « ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres » (BERGER [1999] p. 64). En effet, la propriété publique des entreprises n'est pas en soi contraire à la Communauté qui n'a pas à discriminer en fonction du mode de propriété.

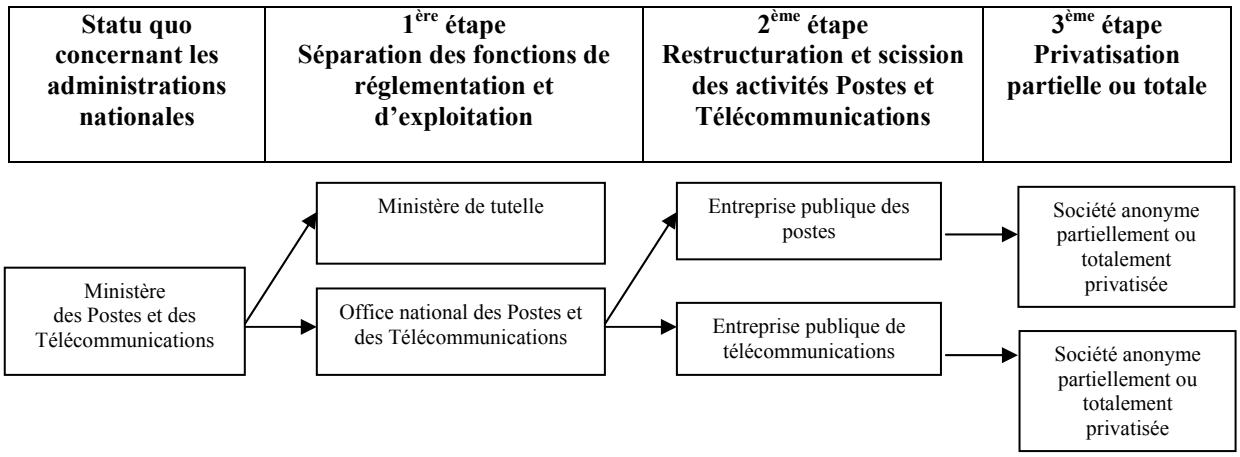
[22] Cette évolution met en évidence, en France notamment, « l'épuisement constaté de la forme historique qu'a représenté le colbertisme high-tech qui, sous l'égide de l'Etat, réalisait la convergence des intérêts des consommateurs, des industriels et des salariés du secteur public de service public autour de grands projets nationaux » (COHEN et HENRY [1997] p. 43).

[23] « Comme un actionnaire privé, l'Etat actionnaire veille à la santé financière, au développement des entreprises et à la juste rémunération des capitaux investis. Il agit sous contraintes, comme un actionnaire privé, qu'elles soient internes ou externes » (MINEFI [2002] p. 27).

La séparation des fonctions réglementaires et des fonctions opérationnelles confère aux principaux opérateurs historiques une autonomie juridique et financière. L'autonomie de gestion des opérateurs est régie par de nouvelles règles concernant le patrimoine, la comptabilité, la fiscalité, les relations avec les usagers, les fournisseurs et les tiers, le statut des personnels et les organes dirigeants.

Le processus de privatisation des opérateurs historiques en Europe est illustré par le schéma n°3 ci-après qui reprend les différentes étapes décrites précédemment. La séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation est souvent présentée comme visant à préserver l'opérateur historique des interventions intempestives du pouvoir exécutif dans sa gestion. En effet, la variété des rôles des entreprises de télécommunications peut ouvrir la porte aux interventions répétées du gouvernement dans la gestion des entreprises, au gré de ses besoins du jour : coup de pouce à la croissance et à l'emploi, déficit budgétaire à combler, obligation envers une catégorie de population réservoir de vote à l'approche d'une élection, etc. La privatisation en est la forme la plus radicale puisqu'elle établit une coupure complète avec l'Etat. D'autres formes de séparation consistent à détacher les monopoles des ministères en créant des établissements publics à caractère industriel et commercial (LEVEQUE [1998] pp. 73-74).

Schéma n°3 : Le processus de privatisation des opérateurs historiques



Source : adapté de UIT [2002].

Pour les pays européens qui n'ont pas encore accompli toutes les étapes du processus de privatisation de leurs opérateurs publics, l'Etat est traversé par une contradiction entre ses objectifs patrimoniaux et les impératifs d'une régulation impartiale (BERGOUGNOUX [2000] p. 204). En 2006, quatre opérateurs sont détenus majoritairement par l'Etat (Belgacom en Belgique, TeliaSonera pour la Suède et la Finlande, Entreprise des Postes et Télécommunications au Luxembourg, Telenor en Norvège[24]) tandis que, pour cinq autres, l'Etat est présent via une participation comprise entre 30 et 50% du capital (Deutsche Telekom en Allemagne[25], Telekom Austria en Autriche[26], France Telecom en France[27], OTE en Grèce[28], KPN aux Pays-Bas). Les six opérateurs restants (TDC au Danemark, Telefonica en Espagne, Eircom en Irlande, Telecom Italia en Italie[29], Portugal Telecom au Portugal, et British Telecom au Royaume-Uni) sont, quant à eux, totalement privatisés. En dépit de la diversité des situations, tous les pays considérés ont au moins procédé à la première étape, i.e. séparer la charge de la réglementation et la fonction d'exploitation des réseaux. Seul le Luxembourg n'a pas encore scindé les activités postales et de télécommunications, ni ouvert le capital de l'opérateur historique.

1.3. La création d'une fonction de régulation nationale indépendante

L'introduction de la concurrence dans le secteur des télécommunications fut l'une des étapes marquantes des mutations introduites par la réforme et justifiées par la préparation de l'échéance du 1er janvier 1998. Les principes de cette réforme s'inscrivirent directement dans la logique des travaux communautaires consacrés depuis 1987 à la transformation d'un secteur monopolistique et réglementé en un secteur ouvert et régulé.

---

[24] En Norvège, l'Etat a cédé fin juin 2003 une nouvelle tranche de 13,9% du capital de Telenor, puis 2,1% supplémentaires en juillet 2003. L'Etat doit toutefois, en l'état actuel de la législation nationale, conserver 51% du capital de l'opérateur ou 34% en cas de fusion avec une autre entreprise.

[25] En Allemagne, la banque KfW, qui détient une partie des intérêts de l'Etat au sein de Deutsche Telekom, a cédé 6% du capital de l'opérateur sous la forme d'obligations convertibles en juillet 2003.

[26] En Autriche, l'Etat cherche à se désengager, évoquant trois options pour la vente de sa participation : l'introduction en bourse, la cession à un investisseur financier, la vente à un partenaire industriel.

[27] En France, la loi relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Telecom, adoptée en décembre 2003, revient dans son article 5 sur le statut de France Telecom en abrogeant « l'obligation de détention majoritaire par l'Etat du capital de France Telecom ».

[28] Organisation des Télécommunications grecque.

[29] Olivetti a procédé le 4 août 2003 à un rachat d'actions en vue d'une fusion.

Dans ce mouvement, l'organisation des télécommunications, tant en termes de règles de marché que de contrôle, reste dévolue à la puissance publique qui a une compétence générale en ce domaine. Toutefois, les difficultés de mise en œuvre de la régulation motivèrent la création d'autorités administratives indépendantes dans tous les pays de l'Union européenne sans cependant éviter des situations contradictoires. La mise en place de ces nouvelles structures rompt l'unité politique et économique de la régulation, et rend difficile la conciliation des différents rôles de l'Etat, tour à tour actionnaire de l'opérateur historique, régulateur des marchés, et législateur garant des missions d'intérêt général.

1.3.1. D'un secteur monopolistique et réglementé à un secteur ouvert et régulé

Malgré le mouvement de libéralisation, les marchés européens des télécommunications restèrent longtemps et largement dominés par les ex-monopoles nationaux historiques. Etant donné le pouvoir de marché des entreprises nouvellement privatisées, la concurrence aurait eu peu de chance de s'installer véritablement sans un dispositif institutionnel mis en place à cet effet (CURIEN [2001] p. 30 ; MAJONE [1998]). A cet égard, les exigences communautaires en matière d'ouverture à la concurrence furent déterminantes. En effet, au nombre des obligations définies par les directives européennes figurait la mise en place d'un système de régulation des marchés au plan national.

Cependant, la transposition de ces directives dans les droits nationaux n'entraînait pas juridiquement l'obligation de créer une nouvelle institution spécialisée dans la régulation du secteur, ni même de créer une institution organiquement séparée des administrations centrales. Elles n'imposaient, en effet, que la mise en place d'une autorité qui permette, notamment, de mettre en œuvre l'accès des tiers aux réseaux, indépendamment de l'influence, supposée ou réelle, des parties prédominantes dans le secteur (CONSEIL D'ETAT [2001] p. 243). Ainsi, un Etat, possédant un opérateur de réseaux ou un fournisseur de services ou exerçant une tutelle sur lui, avait-il l'obligation de traduire cette indépendance par une séparation structurelle effective entre l'autorité et les activités associées à cette détention ou à ce contrôle, afin de mettre en place les conditions du passage à la concurrence et de veiller à ce que celle-ci s'exerce de

manière loyale et efficace (CURIEN [2001])[30]. Théoriquement, deux choix étaient offerts aux gouvernements dans leur exercice de transposition :

- confier à une instance autonome un rôle d'arbitrage et de sanctions, tandis que la fonction de régulation, c'est-à-dire celle liée à l'application des règles du jeu, notamment la délivrance et le contrôle des licences, resterait assurée directement au sein d'une structure ministérielle ;
- confier une plus grande autonomie à l'autorité de régulation qui assurerait à la fois les fonctions liées à l'application des règles du jeu et celles d'arbitrage et de sanction, par rapport à l'Etat actionnaire.

Dans les faits, c'est à l'aune du degré de contrôle économique exercé par les Etats sur les opérateurs historiques que l'une ou l'autre formule s'imposa aux gouvernements. L'examen des situations dans les Etats membres révèle une grande variété de solutions dont chacune, pour tenir compte des contraintes constitutionnelles ou de la réalité économique, partage selon des lignes différentes les responsabilités respectives du Parlement, du Gouvernement, de l'autorité indépendante, et de l'autorité de la concurrence (HENRY [1999] ; BRACONNIER [2001] ; CONSEIL D'ETAT [2001]). Dans cet exercice, la fonction amont de réglementation, consistant à établir le cadre législatif et réglementaire dans lequel s'exercent concurrence et régulation, appartient au Gouvernement et au Parlement. L'exécution en aval des fonctions de régulation[31] est, dans tous les pays de l'Union européenne, pour l'essentiel confiée à une autorité administrative indépendante[32]. Toutefois, malgré le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, la mise en œuvre nationale de la régulation n'échappe pas à l'influence du droit communautaire.

---

[30] « C'est précisément parce que la régulation – entendue comme la mise en place de la scène concurrentielle afin que la pièce puisse être jouée – est par nature une tâche préalable et temporaire, que l'efficacité commande à l'Etat, maître d'ouvrage, d'en confier la réalisation à un maître d'œuvre disposant des coudées franches » (CURIEN [2001] p. 35).

[31] « La régulation désigne les formes diverses d'intervention par lesquelles l'Etat garantit les missions de service public tout en déléguant au maximum les tâches opérationnelles à d'autre acteurs » (CONSEIL D'ETAT [2001] p. 279).

[32] Les autorités nationales de régulation diffèrent notamment en regard des pouvoirs réglementaires qui leur sont conférés (ECTA [2003]). Certains régulateurs ont des compétences propres en matière de licence, d'interconnexion, d'accès, de contrôle des prix, d'attribution des fréquences et de numérotation. C'est notamment le cas en Allemagne, en Grèce, en Irlande, en Autriche, aux Pays-Bas (à l'exception de l'attribution des fréquences) et au Portugal. D'autres régulateurs (France, Espagne, Portugal, Belgique, Luxembourg, Danemark, Suède, Finlande, Royaume-Uni, Italie) jouissent, quant à eux, de pouvoirs réglementaires qu'ils partagent avec le Gouvernement.

1.3.2. La conciliation des différents rôles de l'Etat

L'Etat, jusque-là, prescripteur du service public, réglementeur des prix, actionnaire unique des opérateurs historiques, contrôleur de leur gestion et maître de leur politique d'investissement, a lui-même organisé le passage d'une gestion administrée des monopoles à une prépondérance du marché. Toutefois, la politique économique dans le domaine des télécommunications ne laisse pas au seul marché le soin de réguler des intérêts économiques dominants. Ce phénomène procède à la fois de la méfiance et de la suspicion vis-à-vis de l'Etat traditionnel, contesté dans son autorité et mis en cause quant à son impartialité et à son efficacité, et de l'aspiration à de nouveaux modes d'intervention économique, faisant une plus large place à la médiation ou aux compromis négociés (COHEN et LORENZI [2000] ; CONSEIL D'ETAT [2001]).

La création d'organes de régulation spécialisés agissant au nom des pouvoirs publics, mais juridiquement distincts et fonctionnellement indépendants des opérateurs de télécommunications rend parfois délicate la conciliation des différents rôles de l'Etat en sa qualité d'actionnaire de l'opérateur historique[33], de régulateur des marchés, et de législateur garant des missions d'intérêt général (MINEFI [2001]). Un problème peut surgir lorsque l'Etat reste propriétaire d'un exploitant se trouvant en concurrence avec les exploitants privés. L'Etat est alors en position d'édicter des règles qui s'appliquent à sa propre entreprise. Par-delà les autorités administratives indépendantes, c'est en partie la conception de l'organisation et des conditions d'exercice du pouvoir dans l'Etat qui est en cause[34]. Le contrôle public de l'opérateur historique introduit une confusion possible entre les rôles et les intérêts de l'Etat actionnaire et ceux de l'Etat « arbitre neutre » de la concurrence.

Cette dualité des fonctions qui peut conduire l'Etat dans des situations où il serait à la fois « juge et partie » peut être en partie dépassée par l'instauration d'une autorité dont les mécanismes de nomination des membres et de fonctionnement offrent des gages d'impartialité. L'intervention conjointe d'une autorité politique et d'une agence

[33] Du changement de statut de l'opérateur historique, on peut attendre une clarification des rapports avec l'Etat, qui devraient être moins tributaires des jeux administratifs de tutelles ministérielles multiples (HENRY [1997] p. 159).

[34] La cause première de la prospérité des autorités administratives indépendantes réside dans le fait que « les gouvernements et l'opinion publique ont ressenti le besoin d'éloigner de l'exécutif certains sujets comme l'ouverture à la concurrence des marchés antérieurement placés entre les mains d'un monopole d'Etat » (Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'Etat, les Echos du 14 mars 2001).

de régulation indépendante répond alors au double enjeu de la régulation : d'une part, un enjeu politique consistant à maintenir la cohésion sociale à travers un mécanisme de redistribution, la protection des consommateurs et la politique industrielle, et d'autre part un enjeu économique consistant à appliquer les règles économiques nécessaires à l'émergence d'un marché concurrentiel (BREVILLE [2004] p. 3).

Conclusion de la première section

A la veille de la réforme du cadre réglementaire européen, une partie du pouvoir gouvernemental en matière de télécommunications a été transféré aux régulateurs indépendants, modifiant ainsi la source institutionnelle et politique des décisions de régulation. Ce transfert reflète une certaine méfiance et un relatif échec de l'interventionnisme étatique dans la gestion du secteur, en faveur d'organismes juridiquement et politiquement indépendants ayant pour tâche l'introduction et l'organisation de la concurrence.

Toutefois, l'autorité conférée aux régulateurs nationaux est problématique en ce sens qu'elle n'a pas de lien direct avec un fondement extérieur et supérieur à la réalité du pouvoir exercé. Le seul fondement possible, l'Etat, est à la foi indisponible, en raison de l'indépendance du régulateur, et inadapté, en raison de la nature de plus en plus fréquemment transnationale des problèmes. L'émergence de ces acteurs institutionnels porte en germe de nouvelles formes de coordination complexe entre les acteurs publics et privés de la régulation, dont nous allons décrire les particularités, afin de mieux comprendre les enjeux de la réforme du cadre réglementaire européen.

SECTION 2. LE DÉVELOPPEMENT DE NOUVELLES FORMES DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE

La création d'autorités administratives indépendantes pour réguler les marchés ouverts à la concurrence a participé, avec la privatisation des opérateurs historiques, à remettre en cause le rôle traditionnel des administrations nationales des télécommunications. Cette évolution des rapports de pouvoir entre les acteurs institutionnels a été déterminante dans la genèse du cadre réglementaire européen des communications électroniques. Elle a contribué au développement de nouvelles formes de coordination réglementaire par lesquels les détenteurs de l'autorité réglementaire recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles. Cela emprunte à la figure du contrat, et préfigure le sens que nous donnerons à la réforme réglementaire au Chapitre 2. De ce mouvement, nous allons souligner trois aspects fondamentaux : l'immixtion du secteur privé dans le système de coopération intergouvernementale (section 2.1.), le rôle croissant de la Commission européenne en matière de coordination (section 2.2.), et la mise en réseau des régulateurs nationaux (section 2.3.).

2.1. L'immixtion du secteur privé dans la coopération intergouvernementale

La gestion du secteur des télécommunications a longtemps été caractérisée par une grande stabilité, marquée par la prédominance du secteur public. Toutefois, plusieurs facteurs ont favorisé l'immixtion progressive du secteur privé dans le processus réglementaire européen et dans le système de coopération intergouvernementale. D'une part, l'internationalisation de la coopération entre gouvernements et entre entreprises a contribué à multiplier les instances de concertation aux niveaux européen et international. D'autre part, la Commission européenne qui s'est vue conférer un rôle croissant en matière de coordination réglementaire a largement associé les acteurs privés au fonctionnement du système réglementaire européen.

2.1.1. L'internationalisation de la coopération intergouvernementale

Le principe de la souveraineté des Etats européens a dominé toute l'organisation juridique des télécommunications mise en place à la fin du XIXe siècle. En vertu de ce principe, les Etats avaient librement organisé leurs réseaux sur leur territoire national en fonction de leurs nécessités politiques et de leur développement économique. Le cloisonnement du secteur se concrétisait par une organisation en monopoles publics nationaux. Les aspects internationaux comme la gestion des ressources rares (numéros et fréquences), la définition des normes techniques garantissant une interopérabilité des réseaux et des services, et les problèmes de régularisation financière étaient abordés sous forme d'accords bilatéraux entre ces monopoles.

Au niveau européen, la Conférence européenne des Postes et Télécommunications (CEPT), créée en 1959, encadre les organismes réglementaires nationaux. Elle a vocation à rassembler toutes les autorités de réglementation des pays européens membres de l'Union internationale des Télécommunications (UIT). Deux éléments permettent d'expliquer le rôle particulier joué par la CEPT dans la défense des intérêts des Etats membres de l'Union européenne. En premier lieu, les décisions qui y sont prises sont non contraignantes. En second lieu, le poids de la CEPT (47 Etats membres dont la totalité des pays membres de l'Union européenne) est un atout important dans les négociations internationales au sein de l'UIT (ARCEP [1999]).

La CEPT a créé en son sein le Comité des communications électroniques (ECC) en charge de préparer les négociations internationales et d'élaborer des positions réglementaires communes en relation avec la Commission européenne et les autres instances de la CEPT. Ce comité est assisté par le Bureau européen des communications électroniques (ECO) dont le rôle est de réaliser des études techniques dans le domaine des radiocommunications terrestres, hertziennes et satellitaires.

2.1.2. La participation des acteurs privés au processus réglementaire européen

Le mouvement de libéralisation et la privatisation des opérateurs historiques ont signifié une évolution de la coopération intergouvernementale en favorisant l'immixtion de nouveaux acteurs en provenance du secteur privé. C'est ainsi que deux catégories d'organismes coexistent aujourd'hui au niveau européen : les organismes

réglementaires dont font partie les régulateurs d'une part, et les organisations d'exploitants d'autre part.

La CEPT fit l'objet en 1992 d'une réforme qui modifia en profondeur son organisation. En effet, conformément aux directives européennes de séparer les fonctions d'exploitation des fonctions de réglementation et de régulation, la CEPT devint une enceinte réservée aux décideurs politiques et aux régulateurs (CEPT [2002]). Les opérateurs historiques des postes et télécommunications, quant à eux, créèrent leurs propres organisations, respectivement, Post Europe et l'Association des opérateurs européens de réseaux publics de télécommunications (ETNO[35]). Ils furent donc exclus de la CEPT par la réforme. Toutefois, certains d'entre eux virent un avantage immédiat dans une plus grande libéralisation des marchés, et s'organisèrent en de multiples associations, professionnelles ou autres, syndicats et lobbies[36], afin d'influencer le processus européen de réglementation du secteur. Ces nouveaux acteurs, avec la Commission européenne et les autorités nationales de régulation, ont joué un rôle prépondérant dans la genèse du nouveau cadre réglementaire des communications électroniques.

2.2. Le rôle croissant de la Commission européenne en matière de régulation

Les origines de l'intervention de la Commission européenne dans le secteur des télécommunications remontent à 1984, c'est-à-dire à la prise de conscience de l'importance du secteur des télécommunications pour la construction d'un espace économique européen (GOULVESTRE [1997]). Dès lors, la Commission européenne a mené une politique de régulation volontariste en faveur de l'ouverture à la concurrence, renforçant ainsi son rôle stratégique de coordination aux niveaux européen et mondial.

[35] European Telecommunications Networks Operators (ETNO).
[36] Par exemple, l'*European Competitive Telecommunications Association* (ECTA) regroupant plus de 300 entreprises du secteur en Europe représente les intérêts de ses membres auprès des instances européennes (ECTA [2003]).

2.2.1. Une action institutionnelle forte en faveur de l'ouverture à la concurrence

L'action de la Commission européenne fut tout d'abord institutionnelle, avec la création d'un département spécial, la *Task Force* « Technologies de l'information et des télécommunications », et la constitution d'un groupe de réflexion formé de hauts fonctionnaires, le *Senior Officers Group Telecommunications* (SOG-T), puis, dans un deuxième temps, opérationnelle, avec le lancement d'un programme de recherche sur les techniques de l'information, le *European Strategic Programme for Research in Information Technologies* (ESPRIT), suivis de deux autres programmes : l'un, *Research and Development in Advanced Communications Technologies* (RACE), concernant les réseaux à large bande et les services qu'ils autorisent, et l'autre, le *Special Telecommunications Actions for Regional Development* (STAR), pour promouvoir l'introduction des services et des réseaux de pointe dans les régions périphériques les moins favorisées de la Communauté.

C'est en 1986 que la *Task Force* devint une Direction générale à part entière, la DG XIII[37], consacrée aux télécommunications et aux industries de l'information. Sous son égide fut préparé le premier document de synthèse sur l'ouverture du secteur des télécommunications en Europe, c'est-à-dire le *Livre vert* sur le développement du marché commun des services et des équipements de télécommunications. Parmi les propositions du *Livre vert*, une d'entre elles illustre le rôle croissant de la Commission européenne en matière de régulation des télécommunications. Il s'agit de l'application aux télécommunications de la politique commerciale commune avec l'obligation de notifier par les administrations des télécommunications tous les accords conclus entre elles ou avec des pays tiers pouvant avoir une incidence directe ou indirecte sur la concurrence.

Au-delà de son action institutionnelle, la Commission européenne renforça au cours des années 1990 ses moyens d'intervention dans le secteur des télécommunications sur la base des compétences que lui confèrent les instruments juridiques du Traité (articles 81, 82 et 86) relatifs au contrôle des fusions et aux enquêtes sur les marchés. Cependant, ces instruments, utilisés sur la base des règles de la concurrence, étaient parfois en contradiction, comme le montre le tableau n°1 ci-

[37] En 2000, la DG XIII a été renommée Direction générale pour la Société de l'Information.

après, avec ceux utilisés par le Parlement européen et le Conseil des ministres au titre des directives d'harmonisation (article 95) (NIHOUL et RODFORD [2004] p. 42).

Tableau n°1 : Les objectifs divergents de l'action régulatrice des institutions européennes

	Règles d'harmonisation	Règles de la concurrence
Juridictions adoptantes	Parlement et Conseil européens	Commission européenne
Base légale	Article 95	Articles 81, 82 et 86
Objectifs	Construire le Marché intérieur	Améliorer la concurrence

L'un des objectifs de la réforme du cadre réglementaire européen consista à améliorer la mise en œuvre et la complémentarité des instruments juridiques, afin de limiter les conflits et les divergences entre les institutions européennes.

2.2.2. Un rôle stratégique de coordination aux niveaux européen et mondial

La Commission européenne dont l'intervention s'inscrit dans un système de concertation complexe, d'abord national, puis européen, et enfin mondial, imposa son rôle de coordonnateur aux différents acteurs institutionnels en présence.

Tout d'abord au plan national, la faible crédibilité des accords gouvernementaux explique que les Etats membres soient désireux de déléguer à la Commission européenne d'importants pouvoirs de régulation. En même temps, les gouvernements cherchent à limiter la liberté d'initiative de la Commission européenne en la rendant dépendante des connaissances et des informations fournies par les bureaucrates et les experts des Etats membres.

Ensuite au plan européen, le dialogue a souvent été difficile avec la CEPT, du moins jusqu'à la réforme de celle-ci en 1992, car la Commission européenne l'a toujours considérée comme une sorte de cartel (CURIEN et GENSOLLEN [1992] p. 194 ; NOAM [1992] p. 293). Cependant, l'action de la CEPT complète utilement celle de la Commission européenne. En effet, elle impose ponctuellement le respect par les Etats membres des décisions d'harmonisation adoptées en son sein, conforte la représentation européenne lors des négociations internationales à l'UIT, et sert d'enceinte de coordination stratégique en matière de planification, de gestion et d'utilisation des numéros et du spectre entre les affectataires de ces ressources (ARCEP [1999]).

Le rôle croissant de la Commission européenne en matière de régulation peut s'expliquer à la fois par son désir, comme toute autre organisation bureaucratique, d'étendre son influence, mesurée d'après l'éventail de ses compétences, et par la possibilité d'échapper aux contraintes budgétaires en ayant recours à une politique de régulation. La fonction d'utilité de la Commission européenne est liée à la diversité encore plus qu'à l'échelle des services qu'elle offre. En d'autres termes, la Commission européenne est disposée à renoncer à des augmentations budgétaires réelles en échange d'une extension de ses compétences (MAJONE [1996] pp. 56-57)[38]. Cela s'est notamment traduit par la multiplication du nombre des agences européennes en activité dans l'Union depuis les années 1970.

2.3. La « mise en réseau » des autorités nationales de régulation

Les autorités nationales de régulation se caractérisent par une grande hétérogénéité de structures, de pouvoirs, de moyens et de compétences. Cette diversité reflète les contingences historiques, la disparité des systèmes juridiques, et les sensibilités culturelles différentes au sein de l'Union européenne. Notre objet n'est donc pas de dresser un panorama des régulateurs existants, mais d'étudier la manière dont ils se coordonnent. La mise en réseau des autorités nationales de régulation constitue un nouveau maillage juridique et institutionnel qui privilégie les coopérations décentralisées (GRARD [2004] p. 11). Elle a signifié la fin du cloisonnement institutionnel des régulateurs dans le dialogue entre autorités gouvernementales et entreprises à l'échelle européenne. C'est une nouvelle forme de structure de gouvernance caractérisée par des relations horizontales fondées sur la pluralité des acteurs et le partage des compétences réglementaires.

[38] La forte expansion des compétences de la Communauté depuis le milieu des années 1980 s'est accompagnée d'une augmentation beaucoup plus faible des dépenses d'administration : de 4,35% du budget total de la Communauté en 1985, à 4,8% en 1994, alors que le nombre de directives a plus que doublé au cours de la même période. Par suite, les dotations budgétaires par unité de rendement administratif ont sensiblement diminué. En d'autres termes, la Commission européenne est disposée à renoncer à des augmentations budgétaires réelles en échange d'une extension de ses compétences en matière de régulation.

2.3.1. Le décloisonnement institutionnel des autorités nationales de régulation

Traditionnellement, les régulateurs nationaux ont peu de rapports officiels et directs avec les services de la Commission européenne dès lors que la réglementation communautaire est effectivement appliquée. Si la place des régulateurs nationaux dans le dispositif européen ne s'appuie pas sur un texte juridique établi, c'est par la pratique que des relations régulières se sont établies avec les institutions européennes les plus directement impliquées dans les sujets liés à la régulation, à savoir le Conseil des ministres de l'Union européenne et la Commission européenne, ainsi que, plus ponctuellement, avec le Parlement européen (ARCEP [2002a]).

Or l'intervention des régulateurs hors de leur mission nationale de régulation se caractérise, dans la plupart des cas[39], par une pratique sans support légal[40]. En effet, par la « force des choses », les régulateurs ont construit leur propre identité institutionnelle, et ont été amenés à développer des relations étroites avec la Commission européenne, hors du schéma institutionnel gouvernemental, pour les besoins de la régulation quotidienne des marchés des télécommunications. Si bien que pour tenir compte de la diversité des attributions confiées aux autorités nationales de régulation, qui couvrent une large partie des sujets traités par la politique des télécommunications de l'Union européenne et par les institutions spécialisées (UIT, CEPT), des règles pragmatiques ont été progressivement instaurées. Ainsi, les autorités, seules compétentes au fond pour traiter certains sujets, représentent-elles souvent leurs Etats respectifs dans les négociations techniques, tandis que les représentants des gouvernements ont seuls la capacité d'engager les Etats dans des négociations conduisant à des textes ayant une valeur normative, les règlements et les directives de l'Union européenne, notamment.

Cette situation contribue à expliquer les motivations des régulateurs à rompre leur « cloisonnement institutionnel » et à constituer, dès 1997, un réseau du nom de Groupe des Régulateurs indépendants (GRI) répondant à un objectif d'harmonisation *de facto*

---

[39] Par exemple, la loi française de réglementation des télécommunications de 1996 ne prévoit d'action internationale de l'ARCEP qu'à la demande du ministre (Cf. l'article L.36-5 du Code des Postes et télécommunications), pour lui apporter un soutien technique lors de la négociation des textes européens au Conseil des ministres ou lors de la préparation des mémoires à déposer auprès de la Cour de justice des communautés européennes.

[40] La capacité à s'engager juridiquement au plan international de certaines autorités nationales de régulation a pu prêter à discussion, cela d'autant plus qu'un quasi ou pseudo pouvoir décisionnel a émergé avec la conclusion de memoranda sur l'échange d'informations et l'adoption de positions communes par consensus (GRARD [2004] p. 12).

par le libre rapprochement des pratiques entre les régulateurs soumis au droit communautaire.

2.3.2. La mise en réseau des régulateurs : un fonctionnement informel fondé sur le consensus

A l'origine, le Groupe des régulateurs indépendants (GRI) visait à compléter la tenue régulière de réunions à haut niveau organisées sous l'égide de la Commission européenne, et à faciliter les contacts et les échanges entre régulateurs, indépendamment de la Commission européenne, pour une harmonisation progressive dans la mise en œuvre des directives européennes. Aujourd'hui, le réseau est constitué des autorités administratives en charge de réguler les marchés libéralisés des communications électroniques de 33 pays[41].

Le GRI fonctionne avant tout comme un réseau d'experts pour examiner des questions sur lesquelles une réponse commune s'avère déterminante pour atteindre l'objectif d'un grand espace européen des communications électroniques. Le travail en réseau du GRI se caractérise par son caractère informel, à la fois dans son objectif et ses méthodes :

- l'objectif est d'instaurer un échange informel entre les régulateurs, visant le libre rapprochement des pratiques réglementaires ;
- le GRI n'a pas de personnel permanent, ni de budget propre ;
- le GRI a créé un site web doté d'un extranet permettant de partager des informations entre les régulateurs ;
- les méthodes de travail consistent en des rencontres à différents niveaux. Ces réunions se tiennent et fonctionnent selon la règle du consensus. Les présidents ou directeurs généraux des régulateurs se réunissent en session plénière au moins quatre fois par an, afin d'échanger leurs expériences, d'aborder les difficultés rencontrées, et d'adopter des positions communes.

[41] Les membres du GRI sont les autorités nationales de régulation des 27 Etats membres de l'Union européenne, des 4 Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (Suisse, Norvège, Islande et Liechtenstein) et des 2 Etats candidats à l'adhésion (Croatie et Turquie).

Ce mode de fonctionnement, informel et par la recherche du consensus, a permis de produire des principes de mise en œuvre et de meilleures pratiques, les « PIBs[42] », pour réguler des marchés présentant un caractère transnational, c'est-à-dire faisant intervenir des acteurs et des régulateurs de plusieurs Etats membres. C'est le cas par exemple de l'interconnexion internationale et transfrontière, du *roaming* international[43], de l'établissement et de la mise à disposition d'infrastructures internationales. Si ces principes sont effectivement définis par les autorités de régulation nationales, responsables de l'application quotidienne du droit communautaire, et donc les mieux placées pour tenir compte des éventuelles particularités nationales, les PIBs n'en demeurent pas moins des expressions générales dépourvues d'effet obligatoire, s'apparentant à des lignes directrices. Le GRI ne prend donc pas de décisions, au sens juridique du terme.

Conclusion de la deuxième section

L'ancien cadre réglementaire était un corpus de textes dans lequel la Commission européenne centralisait la mise en oeuvre du droit européen. Le monopole d'interprétation de la Commission européenne limitait l'intérêt pour les autorités nationales de régulation de coopérer entre elles, puisqu'elles appliquaient principalement leur droit national.

La réforme du cadre réglementaire a donné la possibilité d'élargir les moyens institutionnels et légaux de coopération entre les régulateurs des communications électroniques. Le Groupe des régulateurs indépendants (GRI) a pris une importance croissante dans la gouvernance européenne du secteur, en offrant la souplesse nécessaire pour gérer la diversité profonde, et parfois l'opposition radicale, des cultures de la régulation et des structures administratives réglementaires des différents Etats membres.

[42] Les *Principles of Implementation and Best Practices*.
[43] Le terme *roaming* se réfère aux accords internationaux d'itinérance conclus entre les opérateurs de téléphonie mobile pour permettre à un utilisateur qui se trouve à l'étranger d'émettre et de recevoir des appels sans changer de numéro d'appel.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'étude des caractéristiques des modes de coordination réglementaire en vigueur dans le secteur des télécommunications nous a permis d'expliquer la remise en question du rôle traditionnel des administrations nationales et le développement de nouveaux acteurs rivaux ou complémentaires à la veille de la réforme de 2002.

La libéralisation des marchés a engendré une nouvelle forme d'intervention des autorités publiques. L'Etat, jusque-là, prescripteur du service public des télécommunications, réglementeur des prix, actionnaire unique des opérateurs historiques, contrôleur de leur gestion et maître de leur politique d'investissement, a lui-même organisé le passage d'une gestion administrée des monopoles à une prépondérance du marché.

Toutefois, la politique économique des télécommunications ne laisse pas au seul marché le soin de réguler des intérêts économiques dominants. D'une part, la concurrence ne peut se développer ou même subsister sans une forme de contrôle ou d'intervention des autorités publiques. La conjonction de la libéralisation initiée par le droit communautaire dans la perspective du marché commun et des privatisations, et l'interdépendance accrue des politiques réglementaires ont appelé l'émergence des autorités nationales de régulation (MAJONE [1997]). Cependant, une fois mises en place, ces autorités nationales ne peuvent résoudre individuellement tous les problèmes dont elles ont la charge, notamment ceux qui ont trait au commerce transfrontalier ou à l'interconnexion des réseaux nationaux, sans travailler ensemble en réseau. D'autre part, le marché doit respecter des objectifs de politique publique qui ne seraient pas atteints si toute latitude lui était donnée. De nouvelles règles furent adoptées par les institutions européennes pour accompagner l'ouverture à la concurrence. Ces règles, révisées en 2002, mettent en place le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques. La transition d'une économie de la réglementation vers une nouvelle économie de la régulation a fait émerger des ensembles d'acteurs hétérogènes, porteurs d'intérêts multiples et conflictuels.

Cette mise en perspective des relations complexes entre les institutions réglementaires nationales et communautaires d'une part, et les acteurs du marché d'autre part, nous conduit à étudier les enjeux et les facteurs explicatifs de la genèse du cadre réglementaire européen des communications électroniques.

CHAPITRE 2.
LA RÉFORME DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

« Les grands réseaux européens constituent un terrain d'élection, pour l'action, et surtout pour l'invention réglementaire. »

CURIEN et DUPUY [1996] p. 63.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 2

La Commission européenne a conduit entre 1999 et 2002 un des plus vastes et ambitieux projets de réforme réglementaire au monde, qui a abouti à la mise en place d'une nouvelle structure de gouvernance pour réguler les marchés de communications électroniques[44]. Cette réforme s'est traduite par les cinq principaux changements suivants :

- la refonte des directives de libéralisation et d'harmonisation en six textes fondamentaux ;
- l'articulation du droit de la concurrence et des règles sectorielles des télécommunications et de l'audiovisuel ;
- la création d'une nouvelle structure de gouvernance régissant la coordination, de nature contractuelle, entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes ;
- la redéfinition des droits, des responsabilités et des pouvoirs décisionnels des régulateurs nationaux ;
- la création, par une décision de la Commission européenne, du Groupe des Régulateurs européens (GRE) qui réunit 33 régulateurs nationaux[45].

La structure de coordination issue de la réforme est complexe, d'une part, en raison de la multiplicité des acteurs impliqués dans la nouvelle division du travail réglementaire, et d'autre part, du fait des conflits de pouvoir entre institutions, ayant pour enjeux le rôle et la place des régulateurs nationaux dans le dispositif institutionnel et juridique communautaire.

[44] Les services de communications électroniques comprennent les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, à l'exclusion des services consistant à fournir un contenu transmis à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur le contenu.

[45] Les membres du GRE sont les autorités nationales de régulation des 27 Etats membres de l'Union européenne, des 4 Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) (Suisse, Norvège, Islande et Liechtenstein) et des 2 Etats candidats à l'adhésion (Croatie et Turquie).

Nous avons choisi de nous focaliser sur ce changement institutionnel original, et de nous intéresser plus particulièrement aux mécanismes de coordination, de nature contractuelle, régissant les relations entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes. Le passage d'un mode de coordination par le contrôle de la Commission européenne à une régulation par la coordination, caractérisée par le travail en réseau des régulateurs nationaux, consacre un nouveau mode de coopération interinstitutionnelle par délégation des pouvoirs des Etats.

L'approche contractuelle que nous adoptons distingue notre travail de recherche de la plupart des analyses relatives au cadre réglementaire des communications électroniques. En effet, ces analyses se concentrent essentiellement sur l'aspect de la convergence des technologies pour expliquer la nécessité de réexaminer le dispositif juridique européen (NIHOUL et RODFORD [2004] p. 60). Bien que déterminant, cet argument nous semble insuffisant pour expliquer à lui seul la réforme, la nature et la multiplicité des arrangements institutionnels qui en résulte.

D'une part, nous mettons en évidence les facteurs économiques et les enjeux politiques ayant conduit au réexamen des directives, et d'autre part, nous examinons attentivement les nouvelles règles du jeu pour réguler les marchés. Notre objectif est de fournir l'arrière-plan aux questions théoriques soulevées par la régulation décentralisée d'un marché de services publics de réseau, et d'ancrer notre démarche dans la lignée des travaux contemporains de la théorie des coûts de transaction et de l'analyse de la réglementation des services publics de réseau.

Ce chapitre comprend deux sections. La section 1 analyse les facteurs explicatifs de la genèse du nouveau dispositif juridique européen. La section 2 étudie les conséquences de la réforme pour la régulation des marchés et, plus particulièrement, les mécanismes quasi-contractuels régissant la coordination des pouvoirs entre les institutions réglementaires nationales et européennes.

SECTION 1. LA GENÈSE DU NOUVEAU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN

Le 7 mars 2002, un nouveau cadre réglementaire relatif aux services et aux réseaux de communications électroniques a été définitivement adopté par le Parlement européen et le Conseil des ministres de l'Union européenne, au terme d'un « réexamen »[46] entamé par la Commission européenne en 1999[47]. Le cadre réglementaire fixe les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée des règles dans l'ensemble de l'Union.

La compréhension des objectifs et des circonstances de la genèse du cadre réglementaire nous apparaît une étape indispensable pour apprécier la pertinence et l'efficacité de la réforme, identifier les facteurs ayant conduit aux changements organisationnels, et juger du nouveau design institutionnel de la régulation.

La plupart des analyses relatives au nouveau cadre juridique se concentrent essentiellement sur le contexte technologique pour expliquer la nécessité de réexaminer le dispositif réglementaire européen. Bien que déterminant, cet argument nous semble insuffisant pour expliquer à lui seul la réforme, la nature et la multiplicité des arrangements institutionnels qui en résulte.

Après avoir abordé le contexte technologique du réexamen (section 1.1.), nous analysons les facteurs économiques notamment la diversité des situations de concurrence sur les marchés (section 1.2.), puis les enjeux politiques qui ont conditionné la forme de la nouvelle structure de régulation (section 1.3.).

[46] Plusieurs directives communautaires encadrant le secteur des télécommunications comportaient une clause de réexamen à différentes dates, dont certaines pour la fin 1999, d'où le terme de « réexamen 1999 » qui a été parfois employé.

[47] Le 10 novembre 1999, la Commission européenne a publié une communication intitulée « vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés » et engagé une consultation publique sur ce document.

1.1. Le contexte technologique

Si le contexte technologique est l'un des facteurs explicatifs du réexamen de l'ancien cadre réglementaire, il nous paraît utile de distinguer dans notre analyse, d'une part, l'influence de la convergence sectorielle, et d'autre part, le développement des réseaux et des services européens transnationaux. Tandis que la convergence des technologies de l'informatique et des télécommunications a de profondes répercussions sur l'intégration des réseaux et la diversification des services, et de fortes incidences sur leur encadrement réglementaire, la constitution de grands réseaux transfrontières interconnectés et interopérables exige une coordination européenne complexe pour établir et appliquer les règles entre les Etats membres.

1.1.1. La prise en compte de la convergence sectorielle

L'évolution technologique était initialement considérée par les opérateurs de télécommunications comme monolithique et unidirectionnelle. Les innovations étaient soigneusement sélectionnées et introduites progressivement au sein des réseaux publics pour être généralisées de manière homogène autour de standards nationaux ou internationaux (PHAN [1996]).

Cependant, l'adoption de technologies issues des industries électronique et informatique modifia fortement le secteur des télécommunications. Grâce aux progrès effectués dans les circuits intégrés, le traitement numérique de l'information s'imposa progressivement à partir des années 1970. Lors de leur transmission, les signaux numérisés sont beaucoup plus facilement restituables à l'identique que les signaux analogiques, sensibles en particulier aux perturbations électromagnétiques et aux distorsions liées à l'affaiblissement du signal. La numérisation[48] a permis d'améliorer l'efficacité des deux fonctions de base d'un système de télécommunication : la commutation, c'est-à-dire le pilotage des flux d'information dans le réseau, et la transmission, c'est-à-dire le transport de ces flux (DANG NGUYEN et PHAN [2000] p. 27). En somme, la numérisation a contribué à améliorer le rendement des réseaux, la

[48] La numérisation consiste à coder le signal sous la forme de signaux discrets (0 ou 1) appelés « bits » pour permettre la production et la diffusion de l'information, alors que dans le mode analogique le signal varie de manière continue.

qualité et la nature des services. Elle a également rendu transparente la nature du signal (voix, données ou image), et mis fin au cloisonnement du secteur.

Ces changements permettent de transmettre les données sur tous les réseaux et d'y accéder à partir d'une large gamme de terminaux. Le progrès technique a rendu possible une forte diversification des services et leur autonomie croissante par rapport à l'exploitation des réseaux. Ce processus est connu sous le nom de « convergence ». En fait, une double convergence est aujourd'hui à l'œuvre : une convergence des réseaux de données et des réseaux servant au transport de la voix, d'une part, et une convergence des réseaux de télécommunications et des réseaux audiovisuels, d'autre part[49].

Dès lors, se posent les questions de l'adaptation du cadre réglementaire à ces évolutions et de la structure des institutions réglementaires. Dans la mesure où des marchés composés d'un certain nombre de produits substituables s'étendent sur deux secteurs réglementés ou davantage, un risque de distorsion de la concurrence peut découler de l'application de réglementations sectorielles différentes. Ce problème est aggravé par une tendance croissante des firmes à opérer dans plusieurs secteurs réglementés. En effet, les opérateurs de télécommunications, les câblo-opérateurs et les fournisseurs de services Internet s'engagent de plus en plus dans la prestation de services qui couvrent ces trois domaines d'activités (OCDE [1998] p. 4).

La convergence rend de plus en plus obsolète la séparation traditionnelle des fonctions réglementaires entre les secteurs, et requiert un régime réglementaire cohérent. Le nouveau cadre réglementaire vise justement à prendre en compte ces évolutions en évitant de favoriser une technologie au détriment d'une autre. Cette approche, encore appelée « neutralité technologique », consiste à introduire une réglementation autorisant la fourniture d'un même service sur des réseaux différents régis par des règles communes.

[49] La Commission européenne a publié en 1997 un *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information*, qui fit l'objet d'une discussion par l'ensemble des acteurs des secteurs des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel.

1.1.2. Le développement des réseaux et des services européens transnationaux

Traditionnellement, les infrastructures de réseaux sont perçues comme des éléments politiques favorables à l'unité nationale, et l'une de leurs fonctions essentielles fut précisément de renforcer la cohésion territoriale et de servir des objectifs politiques, sociaux et économiques de dimension nationale (MERGER [1995]). Les communications électroniques comme d'autres industries de réseaux ont un rôle considérable dans le développement régional, le progrès industriel et le développement économique des pays européens.

Dans les années 1990, la construction de la Communauté européenne nécessita la réorganisation, à grande échelle, des réseaux pour établir et développer des « *réseaux transeuropéens* » (SALSBURY [1995] p. 397). La constitution de grands réseaux transfrontières exigea une coordination européenne complexe pour laquelle le contexte politico-juridique joua un rôle prépondérant. En effet, l'Union européenne comme entité politique fixe le cadre dans lequel les réseaux économiques et techniques évoluent. Un titre particulier du Traité est d'ailleurs consacré à cette question, et organise l'action de la Communauté européenne en vue d'établir et de développer des réseaux transeuropéens, interconnectés, interopérables, et de favoriser leur accessibilité notamment dans les régions insulaires, enclavées et périphériques aux régions centrales. Le développement des réseaux de communications électroniques revêt une importance tout aussi essentielle pour stimuler la croissance dans une Europe élargie. Selon les conclusions de la Présidence du Conseil européen de Bruxelles (16 et 17 octobre 2003), « la possibilité de disposer de hauts débits et la promotion de leur large diffusion, s'accompagnant de réseaux efficaces, sont particulièrement nécessaires dans une économie fondée sur la connaissance, où la transmission des informations joue un rôle capital pour accroître la compétitivité ».

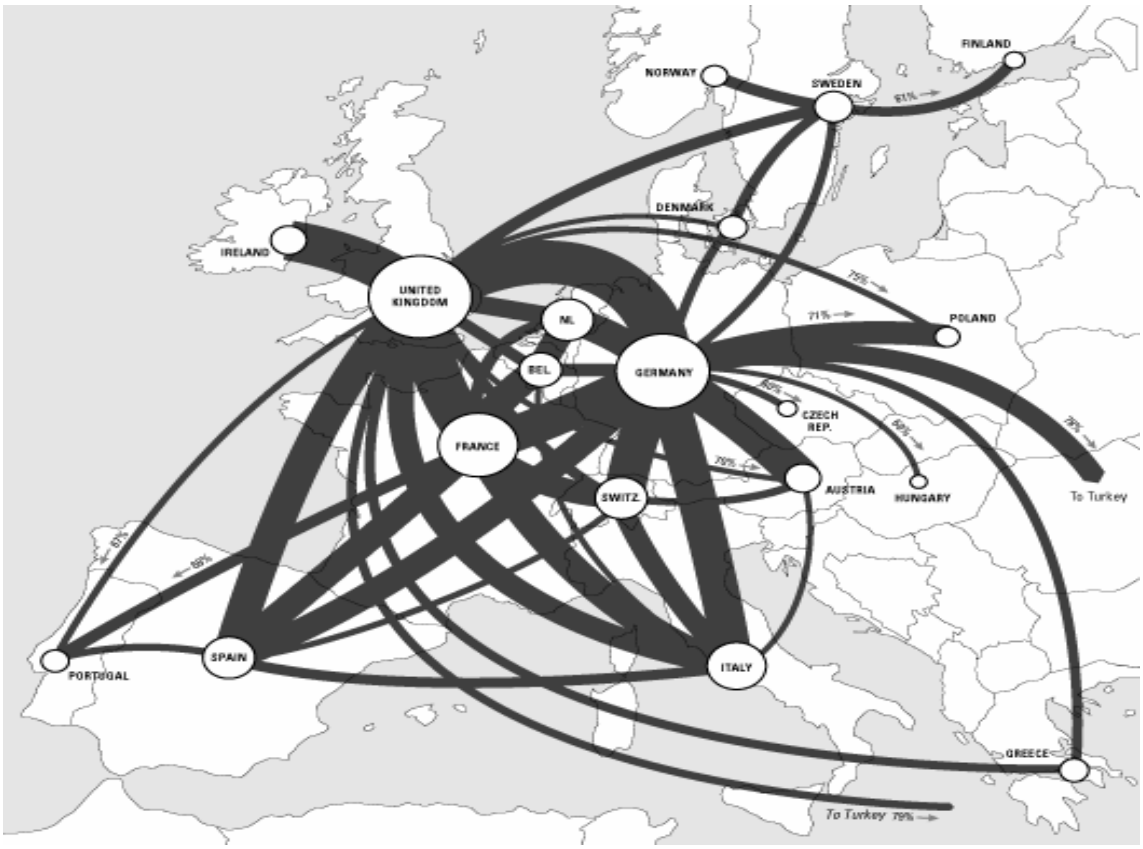
Cependant, un élément important réside dans l'absence, jusqu'ici, d'un marché unique européen, même si des acteurs paneuropéens sont apparus dans le secteur des communications électroniques. En 2005, les fusions-acquisitions dans le secteur ont atteint une valeur de 70 milliards d'euros, un record depuis l'année 2000. Or l'absence d'un marché unique renforce le besoin d'établir et d'appliquer de manière coordonnée des règles entre les Etats membres face à l'émergence de problèmes résolument

supranationaux, la recherche d'économie d'échelle et la mise en œuvre de stratégies paneuropéennes.

La figure n°2 ci-après décrit les flux de trafic bidirectionnel supérieurs à 200 millions de minutes échangées sur les réseaux publics téléphoniques entre chaque paire de pays européens en 2002, année de la réforme. L'aire de chaque cercle est proportionnelle au volume du trafic annuel sortant total de chaque pays. Sur les voies pour lesquelles le trafic dans une direction représente plus de 60% du total, une flèche indique la direction dans laquelle s'écoule le trafic téléphonique. L'Allemagne, la Grande-Bretagne et la France sont les trois plus gros marchés en volume de minutes échangées.

Figure n°2 : Les flux annuels de trafic téléphonique entre les pays européens

(en millions de minutes)



Source : TELEGEOGRAPHY [2002].

1.2. Les facteurs économiques

La révision d'une part substantielle de la réglementation communautaire a été d'autant plus importante que les communications électroniques sont un secteur stratégique pour l'économie des Etats membres de l'Union européenne. Les réseaux de communications électroniques[50] font partie des infrastructures essentielles dont les retombées bénéficient à l'ensemble de l'économie et des citoyens européens. Entre 1999 et 2000, les baisses de prix conjuguées dans les secteurs des communications électroniques et de l'électricité ont réduit directement de 0,1 point de pourcentage le taux d'inflation global de la zone euro (BANQUE CENTRALE EUROPEENNE [2001]). Le secteur des communications électroniques représente 1,5% des dépenses de consommation, entre 1,5% et 2,5% du total des intrants des secteurs secondaire et tertiaire, et 3% du volume total des échanges de biens et de services dans la zone de l'OCDE (BOYLAUD et NICOLETTI [2001] p. 20). Une étude réalisée pour la Direction générale pour la Société de l'Information de la Commission européenne auprès de 44000 ménages montre qu'en 2002, 97% de ces ménages avaient accès aux communications fixes et/ou mobiles (INRA [2002]). La Suède, le Luxembourg, le Royaume-Uni et la France ont des taux de pénétration égaux ou supérieurs à 90% (COMMISSION EUROPEENNE [2001b]).

Le secteur des services de communications électroniques[51] est l'un des plus importants de l'économie de l'Union européenne à plusieurs titres. En 2006, l'Union européenne a représenté 30% du marché mondial des services de communications électroniques, avec un chiffre d'affaires de 273 milliards d'euros dont 85,8 milliards

[50] D'après l'article 2a) de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 JO L108/38, un réseau de communications électroniques désigne un système de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise.

[51] D'après l'article 2c) de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 JO L108/39, le service de communications électroniques désigne le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus.

pour les services de voix fixe[52]. Ce marché compte 426 millions d'abonnés au téléphone mobile cellulaire[53], dont 15 millions d'abonnés aux services mobiles de troisième génération, soit une densité moyenne de 93 pour 100 habitants, 207 millions de lignes téléphoniques principales fixes[54], soit une densité de 55 lignes pour 100 habitants, et 53 millions de lignes fixes d'accès à large bande, soit une densité de 11,5 pour 100 habitants. Par ailleurs, le secteur emploie 1,25 million de personnes, soit 0,7% de l'emploi total européen (COMMISSION EUROPEENNE [2006]).

Outre les caractéristiques économiques du secteur dont la régulation doit tenir compte, deux autres facteurs déterminants peuvent être invoqués pour expliquer la genèse du nouveau cadre réglementaire : la situation oligopolistique du marché européen des services, qui supposait d'adopter une approche renouvelée de la régulation, et la diversité des situations nationales aux plans concurrentiel et tarifaire, qui appelait à poursuivre la politique d'harmonisation des années 1990.

1.2.1. Les caractéristiques économiques du secteur des communications électroniques

Les communications électroniques présentent, par rapport à d'autres industries productrices de biens et de services, certains aspects particuliers tenant à leurs caractéristiques économiques et à la rapidité du changement technologique (OCDE [2002] p. 9). Les principales caractéristiques du secteur, dans le contexte des pays membres de l'Union européenne, qui influent sur les comportements des acteurs du marché, sont les suivantes :

- le contrôle des éléments d'infrastructure essentiels : des éléments d'infrastructure essentiels, tels que les boucles locales, constituent des ressources productives dont les entreprises utilisatrices ne peuvent se passer, car elles sont incapables de les dupliquer à des coûts raisonnables, et dont l'offre est contrôlée par un ou quelques opérateurs dominants (GLAIS [2001] p. 287). Le caractère non duplicable

[52] Dans l'ensemble de l'Union européenne, le chiffre d'affaires des services de communications électroniques a augmenté de 4,6% entre 2003 et 2004. Le secteur représentait 2,5% du PIB de l'Union européenne en 2003 (EUROSTAT [2003]).
[53] Un abonné au téléphone mobile est un abonné à un service public automatique de téléphonie mobile permettant l'accès au réseau téléphonique public avec commutation utilisant la technologie cellulaire.
[54] Une ligne principale est une ligne téléphonique qui relie l'équipement terminal de l'abonné au réseau public commuté, et qui possède un accès individualisé aux équipements du central téléphonique.

de ces infrastructures, tout au moins à brève échéance, requiert tout d'abord que leur accès soit ouvert dans des conditions satisfaisantes aux utilisateurs potentiels. Cela implique de vérifier le caractère non discriminatoire des charges d'accès au réseau, en particulier lorsque le gestionnaire des infrastructures (généralement l'ancien monopoleur historique) se positionne aussi en qualité d'offreurs de services sur les marchés situés en aval et ouverts à la concurrence. Les réseaux de communications électroniques présentent des coûts fixes très élevés au niveau des infrastructures essentielles à la fourniture de l'accès. La construction et l'exploitation des infrastructures donnent lieu à des économies d'échelle importantes, à des investissements lourds et spécifiques, amortis sur une longue durée et peu reconfigurables, i.e. ils peuvent difficilement être démontés ou affectés à d'autres usages que ceux initialement prévus. L'avantage dont bénéficie l'opérateur historique, à cet égard, l'incite à user de sa position dominante pour enrayer la concurrence.

- la spécificité des actifs et des coûts irrécouvrables élevés : les communications électroniques sont généralement caractérisées par d'importantes économies d'échelle et de champ, des investissements spécifiques et irrécouvrables sans coût, et par le fait que leurs consommateurs englobent la totalité de la population des électeurs. Chacune de ces caractéristiques a des implications importantes. Premièrement, elles créent des problèmes contractuels qui empêchent les mécanismes classiques du marché d'atteindre un optimum de premier rang (WILLIAMSON [1988] ; BARZEL [1989] ; NORTH [1990] ; LEVY et SPILLER [1996]). Deuxièmement, les investissements dans les réseaux de communications électroniques entraînent des coûts élevés imputables à l'acquisition d'actifs matériels et immatériels qui ne peuvent être recouvrés au moyen de leur redéploiement en dehors du marché pertinent. Ces coûts irrécouvrables ne peuvent pas être amortis sur une courte période après le début des activités de fourniture des services. Il en résulte que l'opérateur historique peut ériger une barrière efficace à l'entrée de concurrents. Troisièmement, ces investissements importants avec un niveau élevé de politisation ont pour conséquence d'exposer les quasi-rentes au risque d'expropriation administrative. Cette expropriation peut prendre plusieurs formes dont la fixation des prix au-dessous des coûts moyens de long terme et des exigences particulières relatives à l'investissement, à l'achat d'équipement ou aux conditions des contrats de travail (LEVY et SPILLER [1996]).

- les externalités de réseau : la valeur des réseaux de communications électroniques augmente avec le nombre d'utilisateurs. Lorsque ces derniers envisagent de souscrire un abonnement auprès d'un opérateur ou d'un prestataire de services, la grande majorité des clients potentiels sont plus enclins à choisir les réseaux qui comptent le plus grand nombre d'abonnés. Ce qui donne un avantage concurrentiel aux gros opérateurs ;

- l'intégration verticale : en rendant les consommateurs captifs, les liens d'intégration verticale à travers des fusions, des alliances ou des contrats de long terme limitent les risques très élevés d'investissement (LEVEQUE [1998] p. 70). Un opérateur de réseau de communications électroniques a aussi tendance à pratiquer l'intégration verticale, de sorte que ses filiales en aval, de même que ses concurrents, comptent sur son infrastructure et son réseau. Il arrive fréquemment qu'un opérateur donné soit fortement présent sur les marchés d'infrastructures et influence un marché en aval. Les coûts d'accès à l'infrastructure sont le facteur le plus important qui détermine les coûts de la prestation des services par les entreprises du marché en aval ;

- un changement technologique rapide : le changement technologique a pour effet d'améliorer les services existants et de créer des marchés de services entièrement nouveaux. Le progrès technologique agit de deux manières sur la concurrence dans le marché des communications électroniques. D'une part, la définition du marché pertinent est modifiée en conséquence et les obstacles à l'entrée dans de nouveaux marchés sont réduits. D'autre part, contrairement aux caractéristiques ci-dessus, qui incitent à un comportement d'éviction contre les entrants potentiels, l'innovation réduit les coûts fixes élevés associés aux réseaux de communications électroniques, et atténue par conséquent les barrières à l'entrée sur les marchés existants.

1.2.2. La structure oligopolistique des marchés de services

A la veille de la réforme réglementaire de 2002, la structure des marchés de services se caractérisait par un nombre relativement limité d'opérateurs de taille européenne (GASSOT, POUILLOT et BALCON [2000]). La situation oligopolistique qui en résulta supposait d'adopter une approche renouvelée de la régulation. Ce fut l'objet principal de la réforme du cadre réglementaire (BOULAUD [2001] p. 15).

Jusqu'au second semestre 2000, le secteur connut une phase de consolidation revêtant des aspects très différents (ARCEP [2002b]) :

- des concentrations verticales visant à intégrer au sein d'opérateurs globaux l'ensemble de la chaîne de valeur de marchés émergents comme l'Internet ;
- des concentrations horizontales permettant aux opérateurs historiques concurrencés sur leurs marchés domestiques d'entamer une expansion géographique réputée leur garantir la pérennité de leurs marges ;
- des concentrations « convergentes » où fusionnent au sein de groupes importants les « contenus » et les « contenants », et où cohabitent des cultures et des métiers aux caractéristiques différentes en dégageant des synergies.

La consolidation du marché se structura autour de deux grandes lignes de force (ARCEP [2002b]) :

- un recentrage des opérateurs sur des cœurs de métiers historiques (fixe ou mobile pour l'essentiel) et sur des marchés bien identifiés (local / accès, longue distance / transport) ;
- une spécialisation par segments de clientèles (professionnels / résidentiels) et une plus grande maîtrise de la distribution (contrôle du client).

Cette évolution du secteur est la résultante d'un double mouvement : la tendance des opérateurs historiques à offrir des services à valeur ajoutée pour ne pas se limiter à la fourniture et à l'accès aux tiers de leurs infrastructures, et la volonté des opérateurs nouveaux entrants d'investir dans les infrastructures, afin de mieux contrôler les équilibres économiques correspondant à leurs marchés. Ce double mouvement permet de comprendre les enjeux de la concurrence que se livrent les entreprises sur les marchés de services.

1.2.3. La diversité des situations nationales aux plans concurrentiel et tarifaire

Si de nombreuses études ont montré la diversité des situations nationales au sein de l'Union européenne aux plans concurrentiel et tarifaire (CURIEN [2001] ; TELIGEN [2002] ; SEROT [2003]), elles n'analysent pas, pour la plupart, la portée de cette diversité en regard de la réforme du cadre juridique. En matière de concurrence, selon

les activités – notamment la téléphonie fixe, la téléphonie mobile, et l'accès large bande –, la situation n'est pas la même.

Pour le marché de la téléphonie fixe, l'Union européenne comptait, en août 2003, 1200 opérateurs autorisés à proposer des services de téléphonie vocale publique (270 opérateurs locaux, 930 opérateurs nationaux) et 1480 opérateurs autorisés à exploiter un réseau public (550 opérateurs locaux, 930 opérateurs nationaux). Mais, le nombre d'opérateurs autorisés ne constitue qu'une indication du potentiel de concurrence sur le marché. En effet, moins de la moitié des opérateurs ont entamé leurs activités, pour la plupart uniquement à l'échelle locale ou à destination des entreprises. Il en résulte que le nombre réel de concurrents sur chaque marché national des communications fixes est nettement inférieur à la fois au nombre d'opérateurs autorisés et au nombre d'opérateurs actifs. D'une façon générale, la grande majorité des pays de l'Union européenne ne compte pas plus de cinq concurrents importants sur le marché de la téléphonie vocale publique.

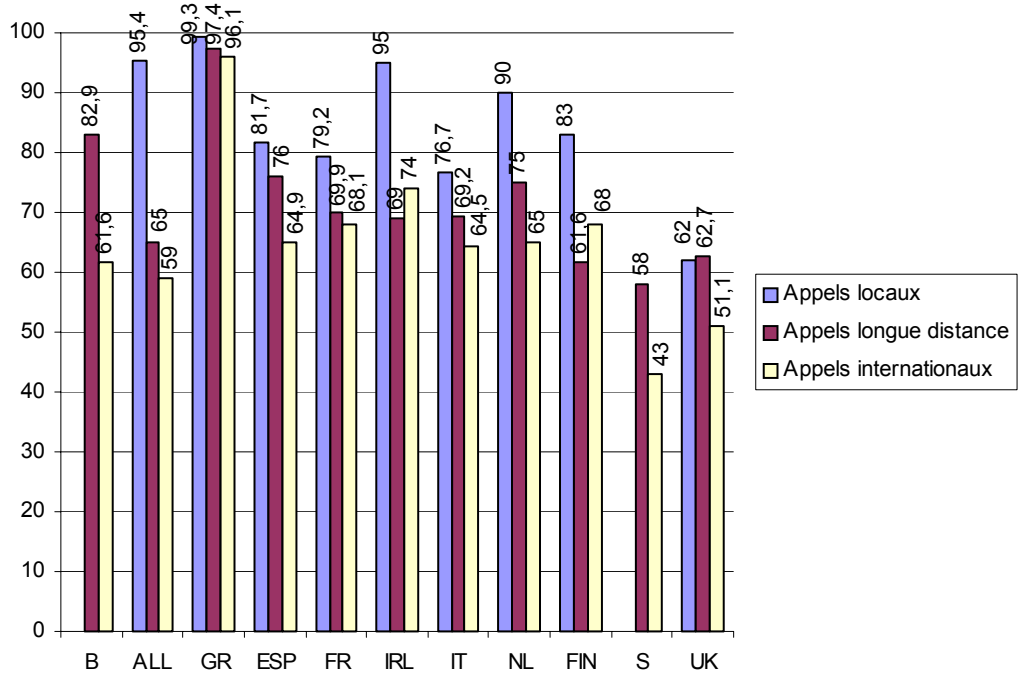
Comme le montrent les graphiques n°1 et n°2 ci-après, les parts de marché des opérateurs historiques pour la téléphonie fixe reste importante tant en pourcentage du chiffre d'affaires qu'en volume de trafic, que ce soit pour les segments des communications locales (appels téléphoniques et connexion à l'Internet bas débit), de la longue distance ou de l'international.

Le graphique n°1 présente les données pour les 11 pays suivants : Allemagne (ALL), Belgique (B), Espagne (ESP), France (FR), Grèce (GR), Irlande (IRL), Italie (IT), Pays-Bas (NL), Finlande (FIN), Suède (S) et Royaume-Uni (UK).

Le graphique n°2 présente les données pour les 12 pays suivants : Allemagne (ALL), Autriche (A), Belgique (B), Danemark (DK), Espagne (ESP), France (FR), Grèce (GR), Irlande (IRL), Finlande (FIN), Luxembourg (LUX), Portugal (P) et Royaume-Uni (UK).

Graphique n°1 : Les parts de marché des opérateurs historiques en valeur

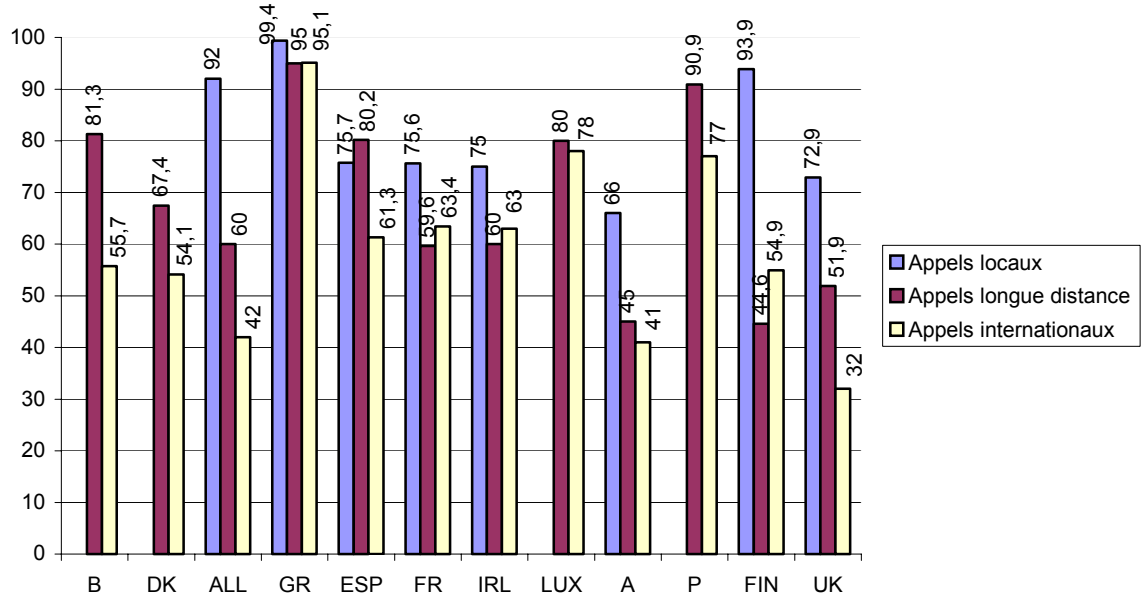
(En pourcentage)



Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Graphique n°2 : Les parts de marché des opérateurs historiques en volume de trafic

(En pourcentage)

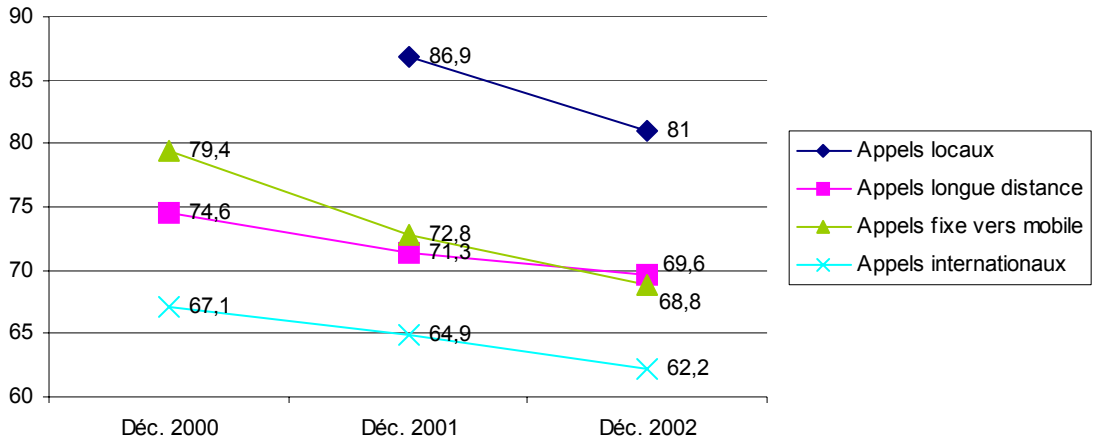


Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Toutefois, l'évolution de la moyenne européenne de la part de marché des opérateurs historiques sur les principaux segments de la téléphonie fixe indique que la concurrence progresse. On déduit du graphique n°3 ci-après que les opérateurs nouveaux entrants ont réussi à faire diminuer les parts de marché en valeur des opérateurs historiques pour détenir en moyenne 40% du marché des communications internationales, 30% du marché des communications longue distance et 20% du marché des communications locales. La faible part de marché des nouveaux entrants sur ce dernier segment s'explique par l'ouverture plus récente de ce marché à la concurrence.

Graphique n°3 : La moyenne des parts de marché en valeur des opérateurs historiques

(En pourcentage)

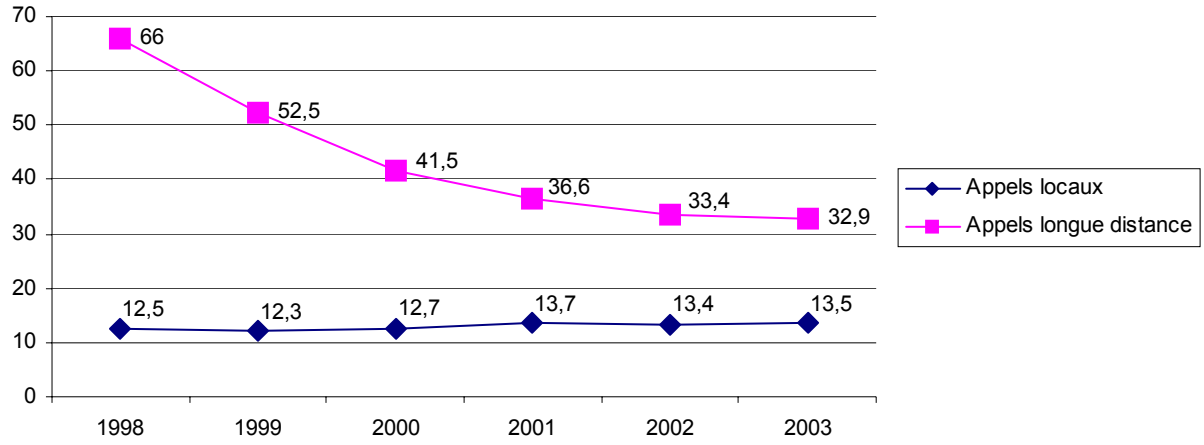


Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Le graphique n°4 ci-après montre que l'évolution du prix des appels nationaux de trois minutes a significativement baissé entre 1998 et 2003 (chute de 33,1 centimes d'euro), alors que le prix des appels locaux de même durée est en stagnation ou en légère hausse, du fait de l'ouverture à la concurrence relativement récente de ce segment du marché.

Graphique n°4 : L'évolution du prix des appels locaux et interurbains

(En centimes d'euro, appels de 3 minutes)

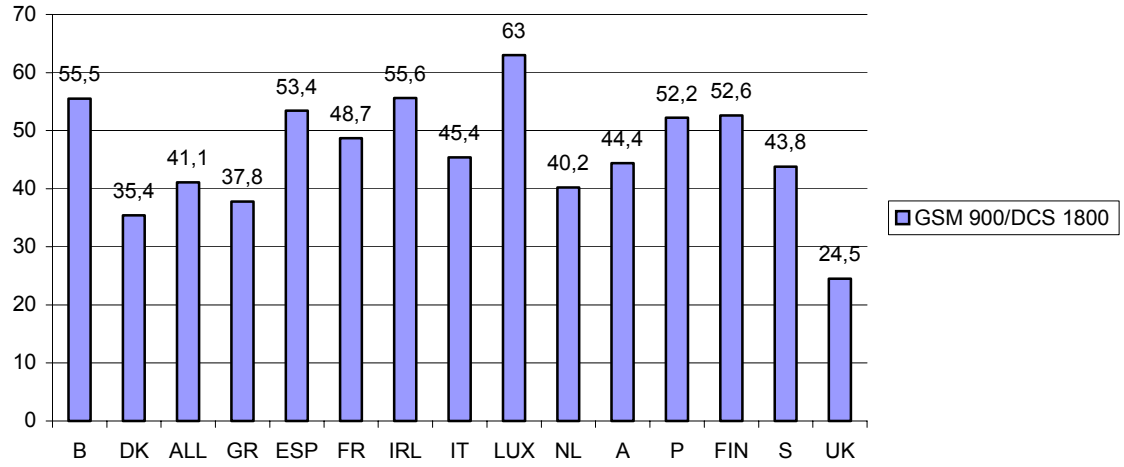


Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Dans le secteur de la téléphonie mobile, les structures de marché sont généralement oligopolistiques. La part de marché en nombre de clients détenue par la filiale mobile de l'opérateur historique est proche de 50% dans la majorité des pays européens (Cf. Graphique n°5 ci-après). Seuls le Royaume-Uni, et dans une moindre mesure le Danemark et l'Irlande, se caractérisent par une part de marché relativement faible (moins de 40%) comparativement à leurs homologues européens.

Graphique n°5 : Les parts de marché de la filiale mobile de l'opérateur historique fixe

(En pourcentages du nombre d'abonnés)

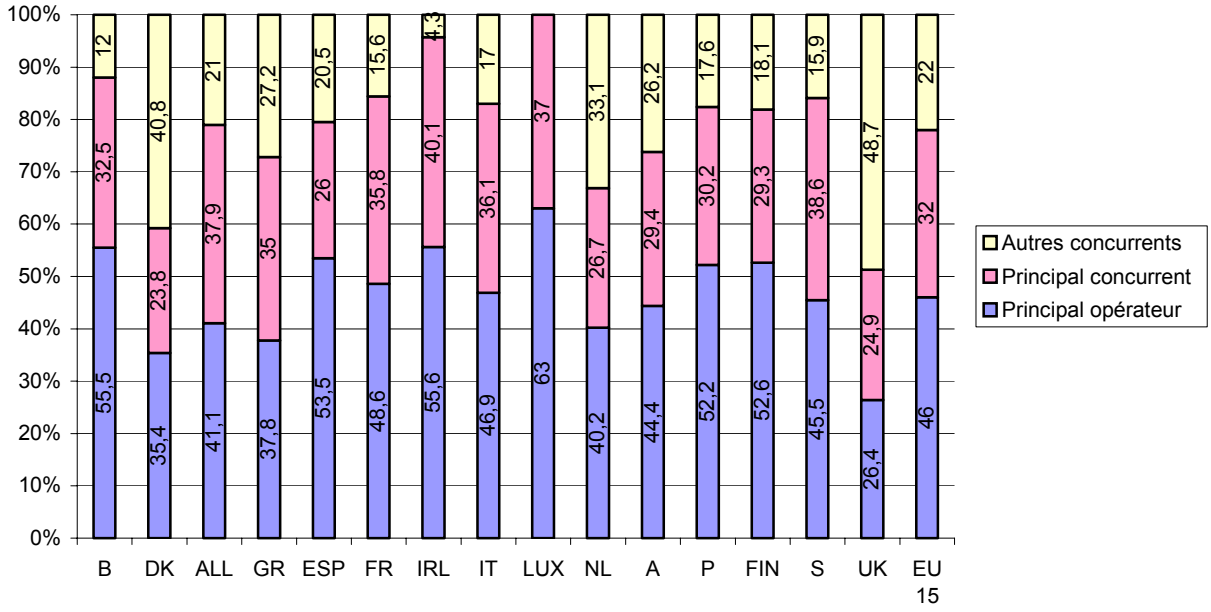


Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Le graphique n°6 ci-après montre que dans l'ensemble des pays membres la structure de marché présente une similitude, à savoir que la part de marché détenue par l'opérateur leader et par son principal concurrent est dans la majorité des cas supérieure à 70%, sauf au Royaume-Uni (51,3%), au Danemark (59,2%) et aux Pays-Bas (66,9%). Cette caractéristique dénote une forte concentration sur le marché mobile européen, d'autant plus que très souvent seuls trois opérateurs se partagent les marchés nationaux.

Graphique n°6 : Les parts de marché des opérateurs en radiotéléphonie numérique

(En pourcentage du nombre d'abonnés)

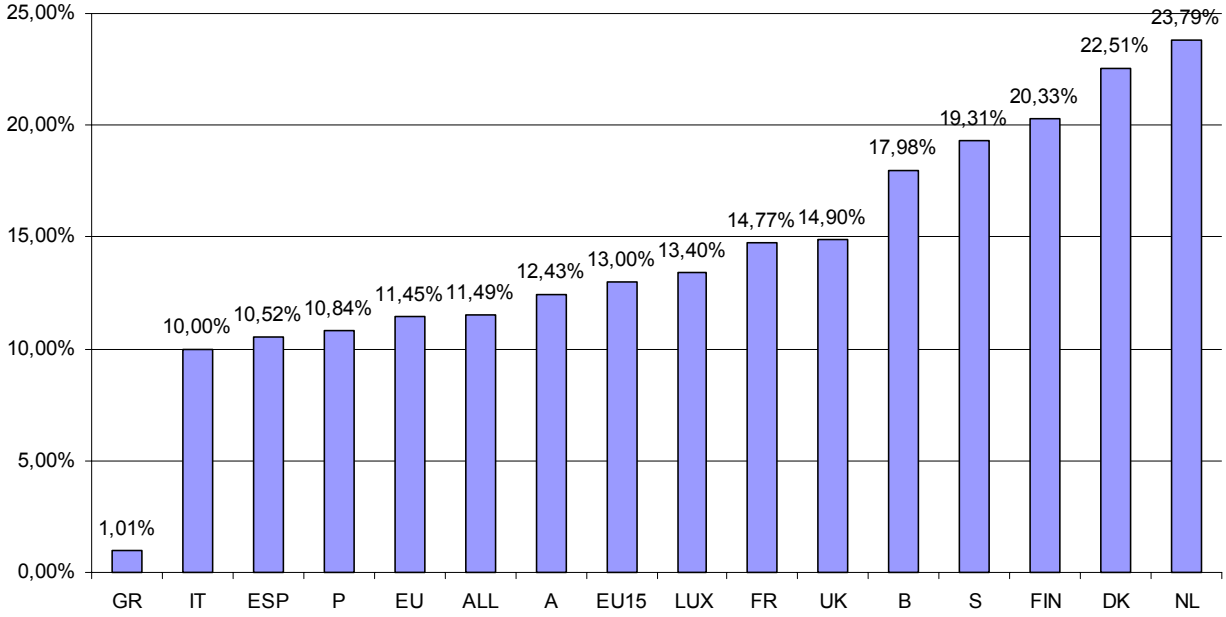


Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003c].

Le graphique n°7 ci-après présente les taux de pénétration de l'accès large bande en pourcentage de la population dans les principaux pays de l'Europe des Quinze. Le nombre de ligne fixe d'accès large bande s'élevaient à 50 millions au 1er octobre 2005. La moyenne des Quinze s'élève à 13% en 2005 comparée à 8,4% en 2004. Cinq pays (Pays-Bas, Danemark, Finlande, Suède et Belgique) montrent les taux de pénétration les plus élevés.

Graphique n°7 : Les taux de pénétration de l'accès large bande

(Au 1er octobre 2005)



Source : COMMISSION EUROPEENNE [2006].

1.3. Les enjeux politiques

Le cadre réglementaire européen est organisé selon un schéma vertical d'amont en aval qui consacre une sorte de division du travail réglementaire. De cette organisation il peut résulter des lacunes et des dysfonctionnements, symptomatiques des relations de pouvoir et de la spécialisation des différents niveaux hiérarchiques, comme les coûts de vérification de la réglementation, la lenteur et la rigidité du système de co-décision, et le déficit de transposition dans les législations nationales. A la lumière de ces difficultés, la mise en œuvre d'une régulation centralisée au niveau européen s'est imposée comme un réel enjeu politique.

1.3.1. Les coûts d'une réglementation axée sur les résultats

La réglementation communautaire présente trois principales caractéristiques intrinsèques. D'une part, elle est axée sur les résultats ou les objectifs visés, plutôt que

sur les moyens qui permettraient d'y parvenir[55]. D'autre part, elle est applicable sur le territoire de chaque Etat membre tout autant que son droit national, avec cette qualité supplémentaire qu'elle couronne la hiérarchie des textes normatifs de chacun d'eux[56]. Enfin, les fonctions de réglementation et de régulation s'organisent dans un rapport d'amont en aval. La mise en œuvre du cadre réglementaire communautaire est confiée d'une part, aux gouvernements et parlements nationaux, et d'autre part, aux autorités nationales de régulation.

Ce système hiérarchique des normes implique des coûts. Ces derniers peuvent être difficiles à établir, car ils exigent une mesure ou une spécification des résultats souhaités, lesquels ne sont pas toujours apparents. Le simple fait que la réglementation permette tout un éventail de stratégies diverses d'application de la part des autorités publiques nationales rend plus difficile la vérification de cette dernière, et fait augmenter les coûts liés à l'administration et au suivi. De surcroît, les entreprises et les personnes visées par la réglementation ne sont pas toujours en mesure de mettre au point et d'appliquer des stratégies de mise en conformité fondées sur une compréhension claire des objectifs et des normes fixées dans la réglementation.

1.3.2. La lenteur et la rigidité du système de codécision

Le cadre réglementaire définit au niveau législatif les marchés à réguler et le type d'obligations pesant sur les opérateurs qualifiés de puissants sur ces marchés, notamment non-discrimination, orientation des tarifs vers les coûts, obligation de fournir l'accès et, dans certains cas, publication d'un catalogue d'interconnexion. Il ne

[55] Les sources du droit communautaire sont le règlement, la directive, la décision, et la recommandation. Le règlement est un instrument d'uniformisation juridique ayant une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments, directement et uniformément applicable dans l'ordre interne de tous les Etats membres. Il permet de créer des normes générales et impersonnelles pour les ressortissants des Etats et pas seulement pour les Etats eux-mêmes. La directive lie les Etats membres destinataires quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens à utiliser. La décision n'a pas de portée générale, mais elle est obligatoire dans tous ses éléments (résultats et moyens). Elle vise à appliquer les règles des traités aux cas particuliers. La recommandation constitue une invitation, non obligatoire, à suivre telle ou telle ligne de conduite, mais « ne lie pas » les Etats membres (ISAAC [1994] pp. 126-129). Selon le principe de proportionnalité, le choix entre directive et règlement, à efficacité égale, est réalisé de telle manière à laisser le plus de liberté aux Etats (*ibid* : p. 51).

[56] Après sa transposition en droit national, la norme de droit communautaire acquiert automatiquement statut de droit positif dans l'ordre interne des Etats : elle est immédiatement applicable. La norme communautaire est susceptible de créer, par elle-même, des droits et des obligations pour les particuliers : elle est directement applicable. La norme communautaire y prend place avec rang de priorité sur toute norme nationale : elle a la primauté.

permet pas de tenir précisément compte de l'évolution des marchés et des technologies (ARCEP [2002b]). Des lacunes et des dysfonctionnements grèvent le processus de décision et la capacité du cadre réglementaire à évoluer avec les transformations du marché[57]. Ces problèmes peuvent être attribués à la lenteur et la rigidité du système de codécision qui ne permet pas de réagir assez rapidement aux mutations des technologies, des industries et des marchés. En effet, selon ce système, la Commission européenne présente des propositions au Conseil des ministres de l'Union européenne[58] et au Parlement européen, qui exercent alors leur pouvoir de décision selon la procédure de codécision prévue à l'article 251 du Traité.

La durée moyenne d'une procédure de codécision, du stade de la proposition de la Commission européenne à celui de l'accord définitif, est de plus de deux ans tous domaines confondus. Ainsi, entre le 1er mai 1999 et le 31 octobre 2000, 19% des dossiers ont été adoptés en première lecture et 53% en deuxième lecture, 28% requérant une conciliation. Sur cette période, la première lecture a duré en moyenne huit mois, la deuxième lecture plus de deux ans, auxquels s'ajoutent deux à trois mois en cas de conciliation (COMMISSION EUROPEENNE [2001c]). Au regard de l'évolution rapide des technologies de l'information, les processus réglementaires semblent trop lents, « *un mois d'aujourd'hui correspond*[ant] *en fait à deux ans d'hier* »[59]. La prise de décision est laborieuse en raison de la complexité croissante des sujets concernés et de la nécessité de parvenir à un consensus. Le décalage entre la procédure de codécision et les directives adoptées directement par la Commission européenne explique en partie le développement fragmenté de la législation européenne des communications électroniques. Il démontre la difficulté d'adapter le cadre réglementaire à l'évolution rapide du secteur.

[57] A cet égard, il est nécessaire de rappeler que le premier paquet réglementaire élaboré au début des années 1990 ne faisait référence ni à l'Internet ni au haut débit.

[58] Le Conseil des ministres de l'Union européenne est l'institution européenne disposant des plus larges pouvoirs en matière législative, en codécision avec le Parlement européen pour le secteur des communications électroniques et de la poste. Chaque Conseil regroupe les ministres compétents. Le travail en amont a lieu au sein des groupes des questions économiques (GQE).

[59] D'après une interview de Erkki Liikanen, Commissaire européen pour la Société de l'Information et les Entreprises au sein du Collège de la Commission de Romano Prodi, parue dans la Lettre des télécommunications n°46 (*Les Echos*) de novembre 1999.

1.3.3. Le déficit de transposition dans les législations nationales

La décentralisation administrative, au niveau des Etats membres, en ce qui concerne l'application spécifique de la réglementation communautaire est à l'origine de la transposition inégale des directives européennes (GROVE-VALDEYRON [2004] p. 23).

L'harmonisation des réglementations nationales est réalisée en ayant recours à un instrument – la directive – qui doit être transposé par les Etats membres dans leur propre cadre législatif. Les directives fixent le seuil minimum pour l'ouverture du marché et des principes organisationnels généraux. Cependant, si les directives communautaires, contrairement aux règlements, laissent aux Etats membres une plus grande latitude dans la mise en œuvre du droit communautaire, cela se fait au prix d'interprétations souvent variables. Cela explique que les directives requièrent un délai de transposition d'au moins 18 mois, rendant la transposition et la mise en œuvre souvent tardives et incomplètes (COMMISSION EUROPEENNE [2001c]). Cela se manifeste souvent par des goulets d'étranglement au niveau de leur mise en œuvre (MAJONE [1998] p. 369).

Bien que le déficit de transposition, c'est-à-dire le pourcentage des directives communautaires non transposées, ait fortement baissé, passant de plus de 20% en moyenne en 1992 à 2% en 2002 (COMMISSION EUROPEENNE [2003a]), 8 pays européens (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal) n'avaient pas transposé les principales directives du nouveau cadre réglementaire relatif aux réseaux et services de communication électronique avant le 24 juillet 2003, date limite imposée par la Commission européenne[60].

Or quand les Etats membres ne transposent pas en temps utile les directives, ils ne peuvent plus opposer à leurs ressortissants les dispositions de leur droit interne contraires à ces directives (BERGER [1999] p. 55). La situation transitoire qui en résulte est un facteur d'incertitude pour le bon fonctionnement du marché unique dans son ensemble et pour les acteurs du marché souhaitant connaître le nouveau cadre législatif et réglementaire national et la manière dont il va être appliqué.

[60] Dans sa communication « Electronic Communications : the Road to the knowledge Economy », la Commission européenne a souligné l'importance de la mise en œuvre complète, effective et rapide du cadre réglementaire afin d'inciter à l'innovation, à l'investissement et à l'amélioration de la qualité des services offerts. Cette vue a été appuyée à plusieurs reprises par le Conseil européen. Or les Etats membres, agissant au sein du Conseil des ministres et soutenus par le Parlement européen, ont eux-mêmes fixé la date limite du 24 juillet 2003 pour la transposition.

Cela peut conduire à un attentisme économique préjudiciable à l'investissement et au développement des services. Par conséquent, la Commission européenne a ouvert des procédures d'infraction au titre de l'article 226 du Traité[61], à l'encontre de plusieurs Etats membres depuis l'entrée en vigueur du cadre réglementaire des communications électroniques en 2002. Ces mesures ont été par ailleurs complétées par un travail avec les régulateurs afin de définir des mesures transitoires.

Les autorités communautaires s'intéressent à la conformité officielle des Etats membres, c'est-à-dire à l'adoption par les législatures nationales des mesures prescrites par les directives, de préférence à l'observance effective de leurs dispositions. Bien que la Commission européenne ait déclaré à maintes reprises son intention d'aller au-delà de la transposition pour contrôler systématiquement la réalisation et la mise en œuvre, il lui manque toutefois les instruments administratifs nécessaires à cette fin. Ces difficultés sont à l'origine du débat sur la question de la mise en place d'un organe de régulation centralisé au niveau européen.

Conclusion de la première section

Dans cette section, différents facteurs comme la convergence technologique, le développement des réseaux et des services transnationaux, et la nécessité d'harmoniser les situations nationales, ont été analysés pour expliquer les circonstances de la genèse du cadre réglementaire européen des communications électroniques. Outre ces facteurs, l'articulation des pouvoirs conférés aux instances communautaires et aux Etats membres de l'Union européenne, et le jeu stratégique des acteurs pour influencer le processus réglementaire ont été déterminants au regard des objectifs poursuivis par la réforme. Il convient à présent de s'interroger sur les conséquences du nouveau cadre réglementaire sur la régulation des marchés et sur la coordination entre les parties prenantes, par une analyse fine des mécanismes de coordination, de nature contractuelle, instaurés entre les régulateurs nationaux et les instances européennes.

[61] En mars 2005, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a condamné la Belgique et le Luxembourg pour manquement aux obligations leur incombant de transposer les directives. En avril 2005, elle a également engagé des procédures contre dix Etats membres (Allemagne, Autriche, Finlande, Italie, Lettonie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Slovaquie) pour mauvaise transposition de certaines dispositions des directives. La procédure à l'encontre de la France a été suspendue à l'annonce de la publication des derniers décrets d'application dans le courant de l'année 2005.

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES POUR LA RÉGULATION DES MARCHÉS

La majorité des analyses relatives au cadre réglementaire européen des communications électroniques se contente d'étudier les principes réglementaires selon lesquels les marchés doivent être régulés (CAVE et LAROUCHE [2001]), quand ils ne se bornent pas simplement à décrire les nouvelles dispositions juridiques (STREEL, QUECK, et VERNET [2002]). Elles négligent ainsi l'organisation de la régulation issue de la réforme et ses implications pour les différents acteurs institutionnels nationaux et communautaires.

Or il nous apparaît qu'on ne peut pas séparer l'examen du nouveau dispositif juridique de l'étude des mesures d'application visant à assurer que les décisions sont prises au plus près du marché, c'est-à-dire en confiant aux régulateurs nationaux un rôle central dans leur mise en œuvre. En effet, le contenu de la coopération entre les régulateurs ne peut pas être en contradiction avec la méthode de mise en œuvre de cette coopération. Il nous semble ainsi que le mode de coopération retenu, i.e. la mise en réseau des régulateurs, est aussi important que son objet, i.e. la régulation des marchés.

L'originalité de notre approche consiste à analyser la manière dont le cadre juridique de la régulation des marchés de communications électroniques a évolué à travers l'articulation du droit sectoriel et du droit de la concurrence (section 2.1.). La complémentarité de la régulation et de la politique concurrentielle a donné lieu à une nouvelle organisation complexe entre les institutions européennes et les Etats membres (section 2.2.), et à la mise en œuvre de mécanismes de coordination, de nature contractuelle, entre les régulateurs nationaux et les instances européennes (section 2.3.).

2.1. L'évolution du cadre juridique

La modification du régime juridique des télécommunications, étape essentielle de l'évolution du secteur vers les communications électroniques, constitue la clef de voûte de la réforme. En effet, tout en reconnaissant une régulation spécifique du secteur, le nouveau cadre réglementaire oriente la régulation vers un régime juridique s'inspirant davantage des principes du droit commun de la concurrence. Il impose de nouvelles règles pour la régulation des marchés, redéfinit les rôles respectifs des régulateurs et de

la Commission européenne, et instaure des procédures pour l'organisation des consultations des autorités nationales de régulation.

2.1.1. L'articulation du droit de la concurrence et des règles sectorielles

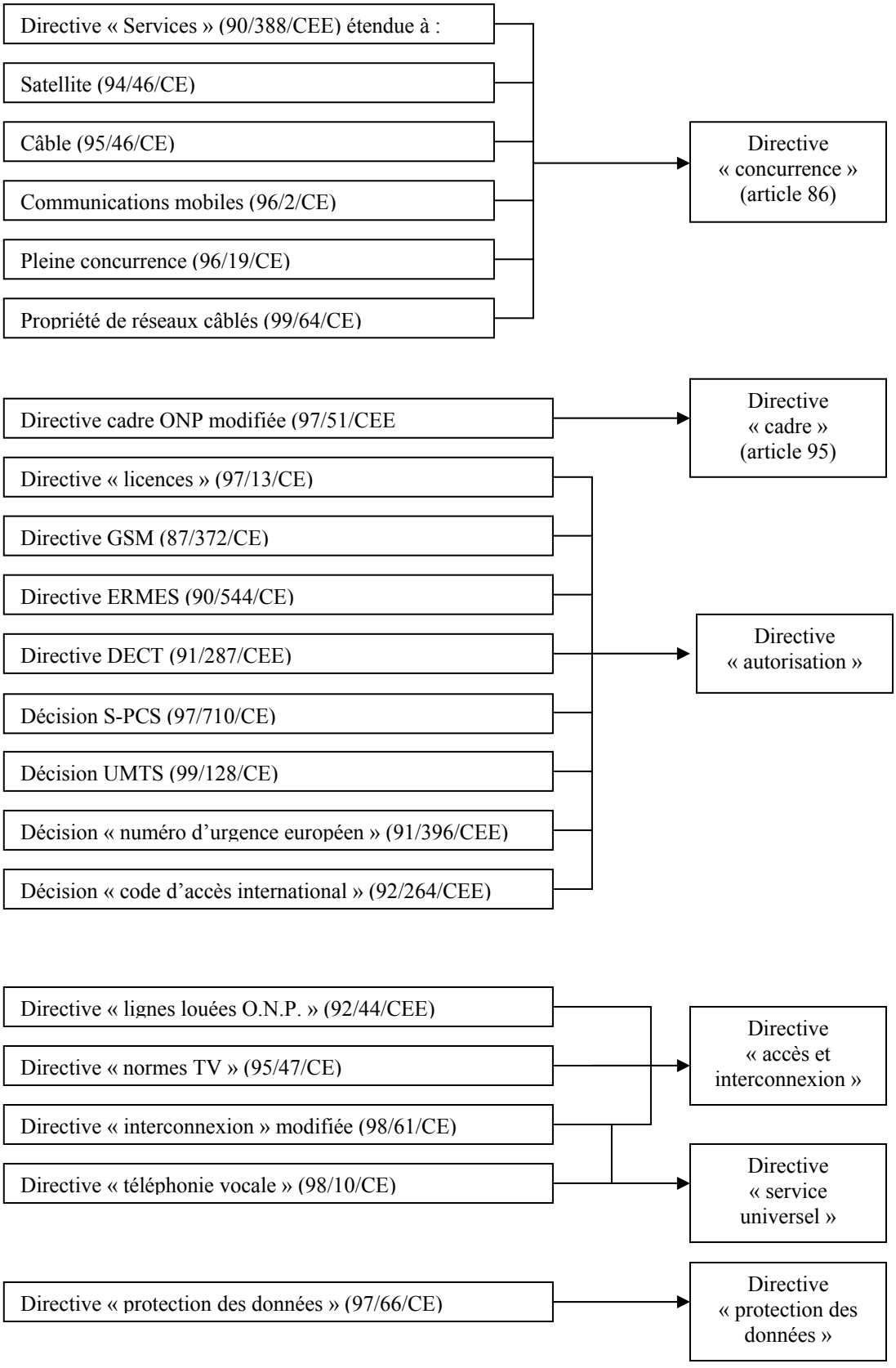
Le cadre réglementaire européen était constitué d'une part, des directives dites de libéralisation de la Commission européenne, visant à ouvrir le secteur des communications électroniques à la concurrence et, d'autre part, des directives et des décisions dites d'harmonisation du Parlement européen et du Conseil des ministres, visant à rapprocher les législations nationales, et fixant au 1er janvier 1998 la libéralisation complète du secteur.

Le cadre réglementaire, adopté en mars 2002 et applicable depuis juillet 2003[62], oblige les Etats membres à adopter des mécanismes juridiques favorisant la libéralisation du secteur par une adaptation des règles juridiques aux évolutions technologiques. En effet, les réseaux transportent des contenus et des services voix et données, qui peuvent relever de régimes différents liés au droit des télécommunications ou au droit de la communication audiovisuelle.

Comme le montre le schéma n°4 ci-après, le cadre réglementaire a consisté à codifier et à simplifier les vingt mesures d'harmonisation et de libéralisation de l'ancien cadre réglementaire. La refonte des directives en six textes fondamentaux s'inscrit dans le cadre de la politique de la Commission européenne et de son *Livre blanc* sur la gouvernance qui vise à « mieux légiférer » en simplifiant et en codifiant le *corpus* réglementaire des secteurs stratégiques pour l'Union, dont le secteur des communications électroniques fait partie.

[62] Les textes ont été publiés au Journal officiel des Communautés européennes le 24 avril 2002 et les directives devaient être transposées dans un délai de 15 mois à compter de cette date, soit au plus tard le 24 juillet 2003. Une procédure prévoyait que les directives antérieures correspondantes devaient être abrogées après une période transitoire.

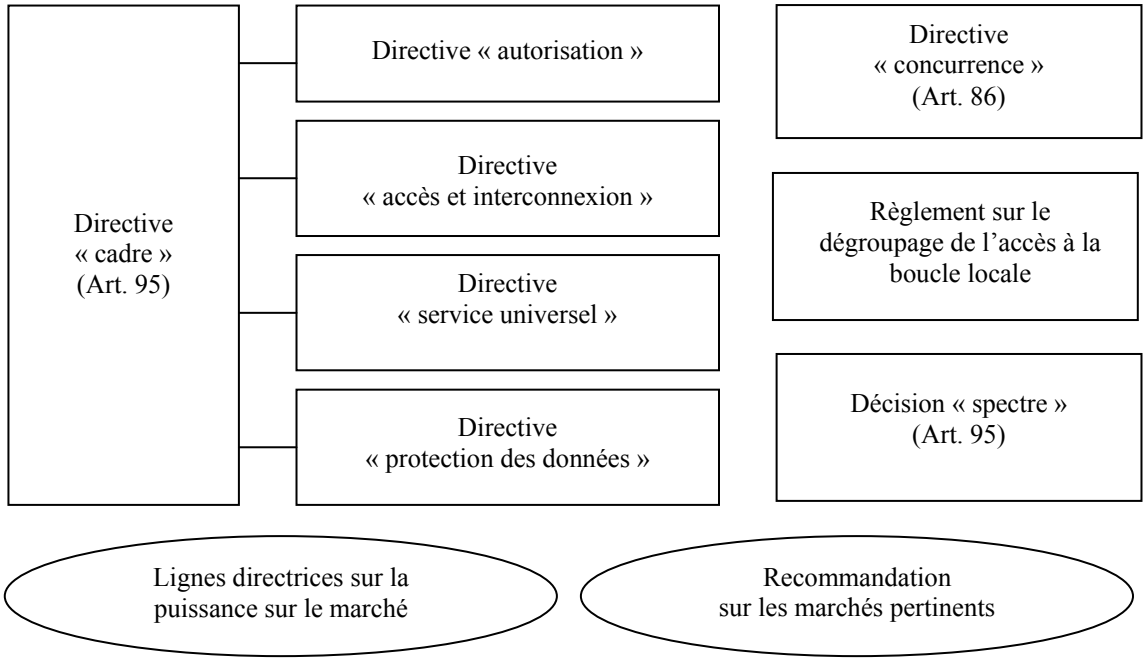
Schéma n°4 : La refonte du cadre réglementaire en six directives



Source : COMMISSION EUROPEENNE [1999].

Le nouveau cadre réglementaire se compose d'une directive cadre[63] et de quatre directives particulières[64] fondées sur l'article 95 du Traité, d'un règlement relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale[65], d'une directive sur la concurrence fondée sur l'article 86 du Traité[66], et d'une recommandation relative aux marchés dits pertinents[67]. Il comporte également une décision du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique »[68]). Les différents éléments du cadre réglementaire sont représentés au schéma n°5 ci-après.

Schéma n°5 : Le cadre réglementaire des communications électroniques



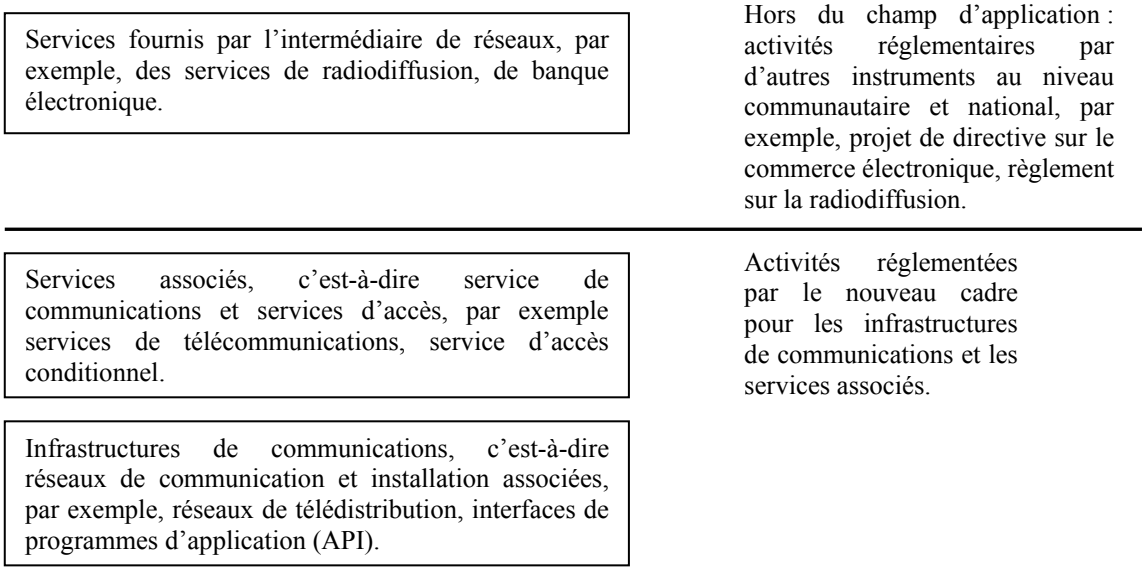
Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003b].

[63] Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques.
[64] Directives 2002/20/CE relatives à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques ; à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion ; concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communications électroniques.
[65] Règlement (CE) N°2887/2000 du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale.
[66] Directive 2002/77/CE de la Commission européenne du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques.
[67] Recommandation 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/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques.
[68] Décision N°676/2002/CE relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne.

Le champ d'application du nouveau cadre est très large puisqu'il prend en compte la convergence entre les secteurs des télécommunications, de la radiodiffusion et des technologies de l'information, i.e. différents supports et technologies se font concurrence pour véhiculer de mêmes contenus. A cet effet, la nouvelle terminologie de communications électroniques adoptée par la Commission européenne recouvre à la fois les télécommunications et les services de communication audiovisuelle. Cela concerne tous les réseaux terrestres et satellitaires, avec ou sans fil, c'est-à-dire le réseau téléphonique public commuté, le réseau Internet, la télévision par câble et les réseaux mobiles et terrestres de radiodiffusion. Cependant, les textes ne s'appliquent qu'aux infrastructures et excluent du champ les contenus, qu'il s'agisse de radiodiffusion ou de services de commerce électronique.

Le schéma n°6 ci-après explicite le champ d'application du nouveau cadre. Il comporte trois niveaux : en bas, l'infrastructure des communications de base, au milieu, les services qui y sont associés, et au sommet les services fournis sur les réseaux. Le nouveau cadre couvre les activités représentées par les deux niveaux inférieurs du schéma. La réglementation des services fournis sur les réseaux, et notamment celle qui s'applique au contenu, dépend des caractéristiques particulières de ces services et sort du cadre réglementaire.

Schéma n°6 : Le champ d'application du cadre réglementaire européen



Une réglementation *ex ante* n'est possible que si le degré de concurrence sur certains marchés définis est jugé insuffisant à l'issue d'une analyse fondée sur la méthodologie du droit commun de la concurrence (COMMISSION EUROPEENNE [2003c]). On observe ainsi une déclinaison des concepts propres au droit de la concurrence vers le droit spécifique des communications électroniques[69]. L'analyse des marchés pertinents avec les notions de position dominante et de calcul de la puissance sur le marché constitue l'enjeu majeur des textes (BOULAUD [2001] p. 20). Le cadre réglementaire fixe des objectifs à atteindre, et impose un cadre d'action aux institutions réglementaires nationales tout en leur laissant, dans certains domaines, la flexibilité voulue pour appliquer les règles en fonction des conditions nationales existantes (COMMISSION EUROPEENNE [2002b]). Leur tâche revient à définir les marchés pertinents, d'en évaluer le degré de concurrence, d'y désigner les opérateurs puissants et d'appliquer – ou au contraire de retirer – les obligations pesant sur ces opérateurs.

2.1.2. De nouvelles méthodes de régulation

La transposition du nouveau cadre juridique dans les législations nationales a des conséquences importantes sur les missions, le fonctionnement et l'organisation de la régulation. En effet, les régulateurs nationaux jouissent de compétences accrues, et disposent de nouvelles procédures pour prendre leurs décisions. La réforme du cadre réglementaire consacre les quatre nouvelles méthodes de régulation suivantes :

- la mise en place d'un cadre harmonisé pour les réseaux et les services quelles que soient les technologies utilisées. Ces dispositions conduisent à une adaptation des réglementations nationales des télécommunications et de l'audiovisuel, qui comportaient des dispositions distinctes et hétérogènes.

- le renforcement des pouvoirs des régulateurs en contrepartie d'exigences d'indépendance et d'impartialité des décisions. Les régulateurs sont habilités à

[69] Cette évolution ne semble pas propre à l'Union européenne. Aux Etats-Unis, le contexte de consolidation du marché et les résultats controversés du *Telecommunications Act* de 1996 concernant la concurrence dans les communications locales remet en cause le pouvoir de la *Federal Communications Commission* (FCC) en matière de fusion-acquisitions face au *Justice Department* et à la *Federal Trade Commission*, et pose la question de la transition d'une régulation sectorielle à un régime fondé sur les principes du droit commun de la concurrence (SHELANSKI [2002]).

recueillir des informations auprès des acteurs du marché, dans la mesure où cette collecte d'informations est justifiée et proportionnée au regard de la directive cadre. La Commission européenne peut également demander aux régulateurs de recueillir des informations pour son compte, par exemple dans le cas de procédures de règlement de litiges commerciaux.

- un nouveau mode de régulation fondé sur la détermination des marchés pertinents et l'application d'obligations différenciées aux opérateurs désignés puissants, car jouissant d'une position équivalente à une position dominante (individuelle ou conjointe) au sens du droit commun de la concurrence sur chacun de ces marchés[70].

  Les régulateurs ne sont habilités à imposer des obligations de nature à prévenir les distorsions de concurrence que lorsqu'un opérateur est réputé avoir une puissance significative sur le marché, et seulement si l'environnement concurrentiel du marché le permet.

- le renforcement des relations avec les institutions européennes et les autres régulateurs par une institutionnalisation des relations, notamment sur les questions d'analyse des marchés pertinents et de désignation des opérateurs puissants. La création du Groupe des régulateurs européens (GRE) s'inscrit notamment dans cette logique d'institutionnalisation des relations que nous développerons à la sous-section 2.2. du présent chapitre.

[70] Dans le cadre réglementaire de 1998, la notion de marchés pertinents existait déjà. Les marchés régulés y sont définis *a priori* et de manière assez large. Les opérateurs sont automatiquement reconnus et désignés comme puissants sur l'un ou plusieurs de ces marchés lorsqu'ils en détiennent une part supérieure à 25%. Dans le nouveau cadre réglementaire, l'appréciation du degré de concurrence est fondée sur la notion de position dominante telle que la définit la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes, et sur des critères qualitatifs issus du droit de la concurrence, lesquels ne comportent pas de seuil chiffré *a priori*. Ainsi, deux entreprises, ou plus, peuvent-elles occuper conjointement une position dominante non seulement lorsqu'il existe entre elles des liens structurels ou autres, mais aussi lorsque la structure du marché pertinent est propice à produire des effets coordonnés, c'est-à-dire lorsque cette structure favorise un parallélisme ou un alignement anticoncurrentiel des comportements sur le marché.

Le tableau n°2 ci-après met en évidence les différences et les points communs entre l'ancien et le nouveau cadre réglementaire. Les transformations les plus importantes ne sont pas à chercher dans les objectifs assignés au nouveau cadre juridique, mais dans la façon dont ces objectifs doivent être atteints. En effet, les directives ne prévoient plus de mécanismes précis que les Etats membres devraient mettre en œuvre pour permettre le développement de la concurrence sur un certain segment de marché. Mais, elles définissent essentiellement des procédures harmonisées pour permettre au régulateur de résoudre les questions qui se posent.

D'une part, les marchés sur lesquels la puissance des opérateurs est examinée sont identifiés dans la directive cadre. Les autres marchés ou segments de marchés nationaux sont fixés par une recommandation ayant pour objet de recenser les marchés considérés comme pertinents par le droit communautaire, et dont les caractéristiques pourraient justifier qu'ils soient régulés du fait, en particulier, de l'existence de barrières réglementaires et/ou structurelles à l'entrée estimées « élevées et non provisoires ». Cette recommandation doit être réexaminée régulièrement. La directive cadre permet également à la Commission européenne d'adopter une décision identifiant des marchés paneuropéens.

D'autre part, la Commission européenne publie des lignes directrices au niveau communautaire à l'attention des autorités nationales de régulation pour qu'elles puissent évaluer le caractère effectif de la concurrence sur un marché donné et la puissance sur le marché des entreprises concernées. La définition des opérateurs puissants ne renvoie plus à un seuil de parts de marché de 25%, mais utilise des notions du type dominance[71]. Les autorités nationales de régulation déterminent, après analyse, si le marché, pour un produit ou un service donné, est réellement concurrentiel dans une zone géographique donnée qui peut couvrir tout ou partie du territoire de l'Etat membre concerné ou dans un ensemble de zones proches de territoires appartenant à des Etats membres. Les opérateurs peuvent être désignés puissants sur des marchés plus fins que les quatre groupes d'activités antérieurement concernés (marché de détail de la téléphonie fixe,

[71] La directive cadre aligne la définition du caractère puissant d'une entreprise sur la notion de dominance élaborée par la jurisprudence de la CJCE : « une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs » (article 14 paragraphe 2).

marché de détail de la téléphonie mobile, marché national de l'interconnexion, marché des liaisons louées), identifiés selon les méthodes propres au droit de la concurrence.

Une telle segmentation répond à l'évolution de la situation de la concurrence dont l'intensité n'est pas la même sur tous les marchés (par exemple pour la téléphonie, communications *versus* raccordement, ou pour les liaisons louées, liaisons à bas débit *versus* liaisons à haut débit).

Enfin, les nouvelles directives visent à adapter la régulation à l'évolution des marchés, moyennant certaines règles de procédures comme la publication des décisions, la coopération et la consultation entre les régulateurs et les autorités nationales de la concurrence, entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne, et entre les régulateurs nationaux. La désignation des opérateurs puissants au sein de chaque Etat membre résulte d'un processus en quatre étapes principales : la définition, communautaire puis nationale, des marchés réputés pertinents ; la collecte des données qualitatives et quantitatives auprès des opérateurs ; l'analyse de la concurrence effective sur ces marchés pour déterminer les marchés à réguler ; l'identification des opérateurs puissants qui seront soumis à des obligations renforcées.

Tableau n°2 : Les principales évolutions du cadre réglementaire européen

Directive « cadre »	Dispositif réglementaire instauré en 1998	Dispositif réglementaire mis en place en 2003
Régime juridique des réseaux et services	Pas de régime unifié des réseaux.	Institution d'un cadre réglementaire commun à tous les réseaux de transmission des communications électroniques et à tous les services associés, quelles que soient les technologies utilisées (article 1). Ce cadre ne s'applique qu'à la transmission, et non aux contenus des services fournis sur les réseaux de communications électroniques.
Principes généraux	Séparation des fonctions de régulation et d'exploitation.	En application de ce principe, les Etats membres doivent garantir l'indépendance des régulateurs afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions.
Définition des objectifs généraux	Définition des objectifs généraux et des principes réglementaires.	Définition d'objectifs généraux et de principes réglementaires devant guider l'action des Etats membres et des régulateurs, ainsi que des moyens d'atteindre ces objectifs : - promotion de la concurrence, - développement du marché intérieur, - soutien des intérêts des citoyens (articles 7.2 et 8) - prise en compte de la convergence (considérant 5)
Définition des marchés pertinents	Quatre marchés définis dans les directives : - marché de détail de la téléphonie fixe, - marché de détail de la téléphonie mobile, - marché national de l'interconnexion, - marché des liaisons louées.	Définition, par une recommandation de la Commission européenne, d'une liste de 18 marchés pertinents susceptibles de justifier l'imposition d'obligations renforcées (article 15). Introduction strictement encadrée de la possibilité pour les régulateurs de désigner un marché pertinent ne figurant pas dans la liste de la Commission européenne (article 7).
Définition d'un opérateur puissant	Un opérateur est jugé puissant s'il détient au moins 25 % de parts de marché sur l'un des quatre marchés identifiés et/ou s'il répond aux critères complémentaires suivants : chiffre d'affaires de l'opérateur par rapport à la taille du marché, contrôle des moyens d'accès à l'utilisateur final, accès aux ressources financières et expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.	L'appréciation du degré de concurrence est fondée sur des critères issus du droit de la concurrence, lesquels ne comportent pas de seuil chiffré *a priori* ; les opérateurs sont considérés comme puissants s'ils occupent une « position dominante », au sens du droit de la concurrence, sur ces segments de marché (article 14). Lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse des marchés et l'évaluation de la puissance sur le marché dont les régulateurs doivent tenir « *le plus grand compte* ».
Analyse des marchés et obligations applicables aux opérateurs puissants	Définition par les directives des obligations renforcées applicables aux opérateurs puissants sur les quatre marchés identifiés.	Les régulateurs analysent régulièrement la situation de concurrence des marchés pertinents et désignent sur les marchés non concurrentiels les opérateurs puissants ; les régulateurs décident du maintien, de la suppression ou de la modification des obligations pesant sur les opérateurs jugés puissants (article 16).

Sources : COMMISSION EUROPEENNE [2003 ; 2003b] et ARCEP [2002a].

2.2. Une organisation institutionnelle complexe

La révision du cadre réglementaire introduit un nouveau schéma institutionnel complexe composé de plusieurs niveaux. Ce schéma est propice à l'institutionnalisation et à la juridicisation des relations entre les régulateurs nationaux et les instances européennes[72]. La contrepartie de la dévolution de pouvoirs accrus aux régulateurs et de la systématisation de leurs échanges est un encadrement communautaire renforcé par les directives et des mesures non contraignantes adoptées selon une procédure reposant sur le fonctionnement de deux nouvelles institutions. Il s'agit du Groupe des régulateurs européens (GRE) et du Comité des communications (Cocom) qui a pris la succession des anciens Comités « licences » et « ONP ».

Le nouveau cadre réglementaire, en institutionnalisant et en juridicisant les relations entre les régulateurs nationaux et les instances européennes, introduit une logique différente en conférant aux régulateurs une place et un rôle qu'ils n'avaient pas auparavant. Organisés en réseaux et forts de leur indépendance statutaire, les régulateurs sont, dans une certaine mesure, en position de négocier avec la Commission européenne la mise en œuvre du cadre réglementaire. Cette situation, source de coûts de transaction, implique un mode de coordination de nature contractuelle.

2.2.1. Une structure de coordination à plusieurs niveaux

Le réexamen a conduit à la mise en place d'une nouvelle architecture de coordination[73] à quatre niveaux : les choix politiques fondamentaux traduits dans des principes cadres de portée générale (niveau n°1), les mesures techniques plus détaillées nécessaires à la réalisation des objectifs législatifs, arrêtées conformément aux principes cadres (niveaux n°2 et n°3), et enfin le contrôle de la mise en œuvre (niveau n°4).

[72] Cette juridicisation se manifeste par l'extension du droit et des processus juridiques aux relations entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne.

[73] La Commission européenne (Direction générale de la Société de l'Information) a suggéré début 2001 d'appliquer le schéma du rapport Lamfalussy résultant des travaux de réflexion du Comité des Sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières au secteur des communications électroniques. Cette suggestion avait reçu un accueil favorable de la part du GRI.

L'innovation institutionnelle réside à la fois dans l'introduction d'un mécanisme d'équilibre des pouvoirs (« *checks and balances* ») et dans le travail en réseau des régulateurs avec les institutions européennes.

Après avoir décrit les différents niveaux qui la composent, nous présentons la nouvelle architecture de coordination au schéma n°7 ci-après.

Niveau n°1 : Adoption des principes cadres

La Commission européenne a seule le droit d'initiative en vertu du Traité. Les actes législatifs élaborés au premier niveau énoncent les grands principes politiques et contiennent les éléments de chaque directive ou de chaque règlement. A ce premier niveau, le Conseil des ministres et le Parlement européen ont à convenir, sur la base d'une proposition de la Commission européenne, de l'orientation politique fondamentale à donner à chaque sujet.

Pour toute proposition élaborée à ce niveau, le Conseil des ministres et le Parlement européen décident de la nature et de la portée des mesures exécutoires à déléguer au deuxième niveau. L'adoption des principes cadres se fait sur la proposition de la Commission européenne, adressée au Conseil des ministres et au Parlement européen pour adoption selon la procédure de codécision.

Les objectifs poursuivis à ce niveau sont de renforcer et d'élargir le dialogue avec les acteurs du marché et les utilisateurs finaux ; de publier les résultats de la consultation ; de fixer une échéance à chaque étape ; de consulter, dès le début, les Etats membres et les régulateurs sur les propositions élaborées au niveau n°1 ; d'informer le Parlement européen sur une base informelle ; et de rechercher, chaque fois que cela est possible, un accord politique non contraignant sur la portée des compétences exécutoires à déléguer au niveau n°2.

Le nouveau système encourage la Commission européenne à consulter les Etats membres et leurs autorités de régulation selon un processus informel, et le plus tôt possible, sur toute proposition de niveau n°1.

Niveau n°2 : Mesures d'exécution

Le deuxième niveau repose sur le travail en réseau de la Commission européenne et de nouveaux comités. D'une part, le Comité des communications (Cocom) et le Comité du spectre radioélectrique (CSR) sont dotés d'une fonction de réglementation[74].

D'autre part, le Groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et des services de communications électroniques (GRE)[75] et le Groupe pour la politique du spectre radioélectrique (GPSR) sont dotés d'une fonction de conseil[76]. Ils visent à permettre à la Commission européenne de définir, de proposer, et d'adopter les modalités d'application des directives cadres ou des règlements élaborés au premier niveau.

Au niveau n°2, la principale difficulté réside dans la définition des méthodes de travail et des mandats des comités ayant pour fonction d'aider la Commission européenne à arrêter les détails de la mise en œuvre de la législation de niveau n°1. « Une coopération étroite devrait être maintenue entre le GRE et le Cocom institué par la directive cadre. Le travail du GRE ne devrait pas interférer avec celui du comité » (Cf. Annexe n°1 ; COMMISSION EUROPEENNE [2002b]).

[74] Les comités de réglementation ont été institués, à partir de 1968, notamment en matière de législation douanière, de politique commerciale, de réglementation vétérinaire et alimentaire. La Commission ne peut décider que si le comité a rendu un avis favorable. En cas d'avis négatif ou d'absence d'avis, elle peut seulement soumettre une proposition au Conseil. Si dans un délai donné (trois mois en général), le Conseil n'a pas statué, la Commission européenne retrouve sa compétence et arrête les mesures proposées ou bien l'affaire est classée (ISAAC [1994] p. 83).

[75] Le GRE a été créé par une décision de la Commission européenne, Décision du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications électroniques, JOCE, L 200. Cette décision a été modifiée le 14 septembre 2004 (2004/641/CE). Le GRE est « un outil potentiellement intéressant de coopération, qui devrait permettre aux régulateurs de prendre collectivement des positions communes sans valeur juridique contraignante sur tous les sujets où un besoin d'harmonisation se fait sentir, et qui relèvent des prérogatives des régulateurs nationaux, sans porter atteinte à leur indépendance statutaire » (Discours de Jean-Michel Hubert, Président du GRI, 10ème plénière du GRI, 23-24 mai 2002).

[76] Tant le Conseil des ministres que la Commission européenne peuvent créer, sur la base des pouvoirs découlant de leur autonomie institutionnelle des organes chargés de les assister dans l'exercice de leurs missions. Ainsi, le Conseil a pu instaurer un certain nombre de comités destinés soit à faciliter une attitude commune des Etats (ex. Comité des gouverneurs des banques centrales) ou permettant d'organiser une collaboration étroite entre les Etats et la Commission (ex. Comité consultatif pour les marchés publics) ou entre les Etats, la Commission et les partenaires sociaux (Comité permanent de l'emploi) ou, enfin, dont la consultation s'impose obligatoirement dans l'exercice des pouvoirs qu'il délègue à la Commission (ISAAC [1994] p. 82).

Les comités de la première catégorie sont à haut niveau (dirigeants ou représentants de chaque autorité réglementaire nationale). Les comités consultatifs sont composés d'experts de régulateurs de divers pays qui élaborent les dispositions techniques de mise en œuvre du cadre réglementaire pour le compte de la Commission européenne qui les adopte *in fine* (Cf. Niveau 4).

Niveau n°3 : Coopération renforcée et travail en réseau des régulateurs

Le troisième niveau a pour objet la coopération des régulateurs nationaux travaillant en réseau pour mettre en œuvre de manière convergente les textes des niveaux n°1 et n°2. Les objectifs poursuivis sont de définir des lignes directrices cohérentes pour l'élaboration des règles administratives ; d'étudier des recommandations interprétatives communes et des standards communs ; de comparer et de réviser des pratiques réglementaires pour les faire converger ; et d'exercer des contrôles réciproques.

L'innovation consiste à rassembler les régulateurs responsables de l'application quotidienne des directives, et non des représentants des gouvernements. Jusqu'à présent, un seul niveau d'application était reconnu par le droit communautaire. Si les directives permettent à la Commission européenne de prendre des mesures techniques appropriées pour assurer l'application harmonisée des principes et des règles, le Groupe des régulateurs indépendants (GRI) a ouvert un autre champ d'action avec les *Principles of Implementation and Best Practices* (PIBs), visant à créer, sans effets juridiquement obligatoires, une référence pour les politiques nationales et les pratiques des régulateurs membres, avec l'objectif d'harmoniser les conditions de concurrence dans l'ensemble de l'Union européenne.

A ce niveau, le GRI se charge d'élaborer les règles précises d'application du cadre réglementaire dont les directives ont été rédigées de façon volontairement non détaillée pour permettre une adaptation souple des règles à l'évolution des technologies et des marchés. Si le GRE n'adopte pas de position commune, chaque régulateur propose à la Commission européenne les modalités de mise en œuvre du cadre réglementaire afin de l'adapter aux caractéristiques socio-économiques des marchés nationaux.

Niveau n°4 : Mise en œuvre et contrôle

A ce niveau, il s'agit pour la Commission européenne de veiller à faire appliquer rigoureusement les règles communautaires en sa qualité de gardienne des Traités. A ce titre, la Commission européenne contrôle le respect des obligations souscrites par les Etats par la mise en place de procédures de suivi de l'application des dispositions communautaires. Sur la base de réunions bilatérales, elle élabore des rapports d'étape réguliers, sous forme de communications transmises au Conseil des ministres et au Parlement européen. En outre, une procédure de réexamen des directives est prévue, selon laquelle la Commission européenne fait un rapport à ce sujet au Parlement européen et au Conseil, le premier rapport intervenant au plus tard trois ans après la transposition des directives. Le réexamen doit notamment tenir compte des évolutions technologiques et économiques des marchés.

Schéma n°7 : L'architecture du cadre réglementaire européen

Niveau n°1 : Adoption des principes cadres

La Commission européenne adopte une proposition formelle de directive ou de règlement.

↓ ↓

Le Parlement européen | **Le Conseil des ministres**

↓ ↓

↓

Accord sur des principes cadres et définition de pouvoirs d'exécution dans la directive ou le règlement

↓

Niveau n°2 : Mesures d'exécution

La Commission européenne, après avoir consulté **le Cocom** (et/ou **le CSR**), sollicite l'avis du **GRE** (et/ou **le GPSR**) pour entamer la rédaction des mesures techniques d'exécution.

↓

Le GRE (et/ou **le GPSR**) prépare, en consultation avec les opérateurs, les utilisateurs finaux et les consommateurs, un avis qu'il soumet à **la Commission européenne**.	**Le Parlement européen** est tenu pleinement informé et peut adopter une résolution si les mesures excèdent les pouvoirs d'exécution.
La Commission européenne examine cet avis et présente une position au **Cocom** (et/ou **le CSR**).	
Le Cocom (et/ou **le CSR**) vote sur la proposition dans un certain délai.	
La Commission européenne adopte la mesure ou la soumet au Conseil des ministres et au Parlement européen en cas de vote négatif.	

↓

Niveau n°3 : Coopération renforcée et travail en réseau des régulateurs

Le GRE (et/ou **le GPSR)** étudie des recommandations interprétatives communes, des lignes directrices cohérentes et des standards communs (dans les domaines qui ne sont pas couverts par la législation de l'Union européenne), organise des évaluations réciproques et compare les pratiques réglementaires en vue d'aider la Commission européenne à assurer une mise en œuvre et une application cohérente des règles. Pour ce faire, le GRE (et/ou le GPSR) peut s'appuyer sur les travaux des groupes d'experts du **GRI**.

↓

Niveau n°4 : Mise en œuvre et contrôle

La Commission européenne vérifie que les Etats membres sont en conformité avec la législation de l'Union européenne.

↓

La Commission européenne peut entreprendre un recours contre tout Etat Membre qui ne respecterait pas le droit communautaire.

Source : COMMISSION EUROPEENNE [2001a p. 5 ; 2002a].

2.2.2. Les interactions entre de multiples acteurs

Le droit européen a multiplié la référence à des entités spécifiques qu'il a très largement créées ou contribué à créer. Le partage des rôles entre les niveaux national et communautaire, la nécessité de faire appel à des organismes spécialisés pour remplir les fonctions les plus techniques ont contribué à engendrer cette multiplicité (BERGER [1999] p. 19). L'exercice de la régulation évolue vers des relations de plus en plus étroites entre les régulateurs et les institutions européennes. Les nombreux contacts qui avaient déjà lieu entre la Commission européenne et les régulateurs nationaux sont officialisés et renforcés par le nouveau cadre réglementaire. Celui-ci prévoit, par exemple, des échanges directs et réguliers lorsqu'un régulateur souhaite s'écarter des lignes directrices sur la désignation des opérateurs puissants ou de la recommandation sur l'analyse des marchés pertinents. Les autres régulateurs participent à ces échanges.

Le Groupe des régulateurs européens

Le Groupe des régulateurs européens (GRE) réunit les dirigeants des autorités nationales de régulation[77] et des représentants de la Commission européenne pour aller dans le sens de l'harmonisation paneuropéenne.

Le GRE a pour vocation de « constituer un mécanisme approprié pour encourager la coopération et la coordination entre les régulateurs afin […] de tendre vers une application cohérente, dans tous les Etats membres, des dispositions énoncées dans les directives, en particulier dans les domaines où la législation nationale mettant en application le droit communautaire confère aux régulateurs de très larges pouvoirs discrétionnaires pour ce qui est de l'application des règles pertinentes » (considérant 36 de la directive cadre). Le GRE joue le rôle d'interface de conseil et d'assistance entre les régulateurs et la Commission européenne (GRE [2003] p. 2).

[77] Le GRE compte 33 régulateurs membres des pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, République slovaque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie.

Calqué sur le Comité européen des régulateurs des valeurs mobilières, le GRE résulte des efforts du GRI pour convaincre la Commission européenne d'instituer officiellement un groupe fonctionnant comme le GRI, et pour persuader les parlementaires européens que l'harmonisation serait mieux effectuée « en amont » par une coordination des régulateurs que par un droit de *veto* de la Commission européenne.

Le GRE joue deux rôles distincts. Au niveau 2, il conseille et assiste la Commission européenne sur toute question liée aux réseaux et aux services de communications électroniques. Au niveau 3, il coordonne les régulateurs nationaux pour assurer une application plus cohérente du droit communautaire. A cette fin, il est composé des responsables des autorités nationales. Les membres adoptent les règles de procédure par consensus, ou à défaut, par un vote à la majorité des deux tiers. Le président du GRE, membre élu par ses pairs, siège au Cocom en qualité d'observateur.

La Commission européenne joue un rôle central dans le fonctionnement du GRE, notamment en informant ses membres des priorités politiques et en lançant des idées nouvelles. La Commission européenne y est représentée et assure le secrétariat du groupe. Le groupe se réunit au minimum quatre fois par an. Il présente un rapport annuel de ses activités à la Commission européenne qui transmet ce rapport au Parlement européen et au Conseil des ministres, en l'accompagnant de ses observations le cas échéant.

Le Comité des Communications

Le Comité des communications (Cocom) remplace le comité chargé du suivi de la directive ONP et celui couvrant la directive « licences » de l'ancien cadre réglementaire. Il a été institué conformément aux règles d'élaboration du droit dérivé communautaire de la comitologie[78]. Il est chargé de trois missions.

[78] Le terme comitologie se réfère aux procédures de comités prévues par la législation communautaire visant à préciser les modalités de mise en œuvre des règles. La Commission européenne adopte des décisions après avoir saisi soit un comité consultatif constitué d'opérateurs, d'experts ou de diverses parties prenantes, soit un comité de réglementation composé de représentants des Etats membres.

En premier lieu, et c'est là son rôle principal, il est appelé, en qualité de comité de réglementation agissant dans le cadre de l'article 202 du Traité, à se prononcer sur les propositions de la Commission européenne dans un délai fixé à trois mois.

En deuxième lieu, il peut assister la Commission européenne en tant que comité consultatif, notamment en ce qui concerne l'élaboration des mesures législatives au niveau 1. Ce sont les gouvernements, sauf exception, qui assurent la représentation des Etats membres au sein du Cocom. Selon les cas, leur autorité nationale de régulation les accompagne ou non. Ainsi, le régulateur britannique n'est-il jamais aux côtés du Ministère de l'Industrie lors des réunions mensuelles. Le Portugal, en revanche, a confié au régulateur national, l'ANACOM, son pouvoir de représentation. Des observateurs permanents (associations d'opérateurs et de consommateurs) assistent aux réunions (sauf points de l'ordre du jour réservés aux Etats membres). Enfin, le Cocom peut conseiller la Commission européenne sur les mandats confiés au GRE au niveau 2.

Le Parlement européen

Le Parlement européen est tenu informé des travaux des comités et reçoit tous les documents connexes (ordres du jour, projets de mesures, résultats des votes, comptes rendus des réunions, liste des participants). Si le Parlement européen estime que les mesures proposées, qui lui sont soumises par la Commission européenne, outrepassent les limites des compétences d'exécution des régulateurs nationaux, la Commission européenne doit réexaminer sa proposition. En tenant le plus grand compte de la résolution du Parlement, la Commission européenne peut alors choisir de présenter de nouvelles propositions au Cocom, de poursuivre la procédure ou de présenter une proposition dans le cadre de la procédure de codécision.

La Commission européenne

La Commission européenne a pour rôle principal d'assurer l'application harmonisée du cadre réglementaire. Elle le tient des dispositions générales du Traité[79]. Toutefois, la Commission européenne souhaitait voir renforcer son rôle dans la directive cadre en contrepartie de la délégation de pouvoirs aux régulateurs. C'est le débat autour de l'article 6, pudiquement nommé « transparence ». Ce débat a été tranché en faveur d'une intervention limitée de la Commission européenne dans l'action des régulateurs, puisque l'unanimité a été faite au Conseil des ministres du 6 décembre 2001 sur une formule selon laquelle les régulateurs notifient une partie, la plus cruciale, de leurs décisions, mais limitant les pouvoirs de la Commission européenne à une mise en garde, dont les régulateurs « doivent tenir le plus grand compte ». Si le dernier mot revient aux régulateurs, la Commission européenne garde la capacité de s'opposer *a posteriori* aux mesures qu'elle jugerait contraires aux directives, la Cour de Justice tranchant en dernier ressort.

La Commission européenne a le pouvoir d'édicter des recommandations ou des lignes directrices pour guider l'action des régulateurs *a priori*. Ces textes n'ont pas de valeur juridique forte, mais sont néanmoins reconnus dans le cas d'éventuels recours contentieux devant la Cour de Justice, et il est très difficile de s'en écarter notablement. Il est d'ailleurs prévu dans la directive cadre (articles 14 et 14a) que les régulateurs doivent justifier des décisions sur les marchés pertinents qui différeraient de la liste indicative que la Commission européenne a établie par voie de recommandation.

Vis-à-vis des mesures qui ne concernent pas l'exécution proprement dite, la Commission européenne dispose d'autres moyens. Elle peut proposer *a priori* des mesures obligatoires, soumises au Comité des Communications. Elle peut aussi inviter les Etats à s'accorder sur une position commune, dans les domaines qui relèvent fortement de la subsidiarité (montant des redevances, par exemple).

[79] Le principe de subsidiarité, pour les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté, limite l'intervention de celle-ci. Seules sont de son ressort les actions permettant de réaliser des objectifs qui ne peuvent l'être de « manière suffisante » à l'échelon national (BERGER [1999] p. 16).

2.3. La mise en œuvre de mécanismes de coordination de nature contractuelle

Le cadre réglementaire européen des communications électroniques ne remet pas seulement en cause les rapports de force entre les acteurs du marché, il tend aussi à déplacer les équilibres existants entre les différentes institutions nationales et communautaires. Le passage d'une coordination par le contrôle à une régulation par la coordination s'accompagne de l'institutionnalisation et de la juridicisation du travail en réseau des régulateurs notamment par la mise en place de mécanismes de consultation et de transparence, qui instaurent une quasi-contractualisation des relations entre la Commission européenne et les autorités nationales de régulation. La directive cadre définit en effet les droits et les responsabilités ainsi que les pouvoirs décisionnels et les procédures des autorités nationales de régulation (par exemple, les critères de mise en oeuvre des clauses de flexibilité et de différé), y compris les possibilités d'appel au niveau national et l'obligation d'exclure les dispositions contraires au droit communautaire de la concurrence. Elle établit et impose les principales règles de coordination entre le Comité des communications, le Groupe des régulateurs européens et la Commission européenne jusque dans les détails.

2.3.1. D'une coordination par le contrôle à une régulation par la coordination

La directive cadre consacre le passage d'une coordination par le contrôle des résultats de la part de la Commission européenne à une régulation par la coordination des procédures mises en œuvre par les autorités nationales de régulation. L'environnement dans lequel les régulateurs sont amenés à accomplir leurs missions évolue. Dans son réexamen du cadre réglementaire, rendu public en novembre 1999, la Commission européenne insistait sur le fait que « comme les règles au niveau européen seront plus générales qu'actuellement, des mécanismes seront nécessaires pour assurer que les régulateurs appliquent les objectifs et les principes fixés dans les directives d'une façon qui sauvegarde l'intégrité du marché intérieur ». En effet, les espaces de

liberté ouverts par les directives communautaires font qu'une décision de l'une des autorités de régulation nationales a, quasi automatiquement, une portée européenne[80].

Toutefois, le rôle et les compétences des régulateurs ne sont pas remis en cause. Au contraire, ils sont même renforcés, en contrepartie d'exigences d'indépendance et d'impartialité du processus de décision. Les régulateurs ont par exemple obligation d'organiser une consultation publique lorsqu'ils prennent des décisions affectant des tiers. La directive cadre établit également, en son article 4, un droit de recours contre les décisions des régulateurs[81].

De ce fait, comme décrit au tableau n°3 ci-après, l'encadrement communautaire vise à renforcer la proportionnalité et la légalité des décisions prises par les régulateurs, notamment dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents et pour la désignation des opérateurs puissants. En effet, la Commission européenne détermine les marchés auxquels peut s'appliquer une réglementation *ex ante* par l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives. Bien que juridiquement non contraignantes, les dispositions lient de fait les régulateurs (Cf. Annexe n°2).

D'une part, la faculté de désigner un marché pertinent hors de la liste établie par la Commission européenne est strictement encadrée par l'article 7 de la directive cadre qui prévoit la transmission préalable à la Commission européenne et aux autres régulateurs du projet de décision motivée. Si la liste des marchés n'est pas, à proprement parler, obligatoire pour les régulateurs, l'article 15 de la directive cadre souligne toutefois que ces derniers doivent en tenir le plus grand compte. Par ailleurs, les lignes directrices paraissent totalement exclure que cette liste ne soit pas appliquée. La marge de manoeuvre réelle des régulateurs se limite donc à la détermination géographique des marchés ainsi recensés et, le cas échéant dans le recensement de marchés pertinents nationaux ou infranationaux ne figurant pas dans la recommandation et dont la désignation est justifiée au vu des circonstances nationales.

---

[80] Interview de Fabrice Demarigny, Secrétaire général du CERVM, *Les Echos* [18 octobre 2002].

[81] Après d'âpres discussions portant sur l'objet des recours (la Commission européenne souhaitant y inclure les faits de la cause, d'autres Etats membres, tels le Portugal, entendant le limiter à la procédure), le Conseil des ministres est finalement parvenu, lors du compromis du 6 décembre 2001, à un texte précisant que les Etats membres veillent à ce que les faits de la cause soient dûment pris en compte et que des mécanismes d'appel efficaces existent (HERISSON [2002] p. 71).

D'autre part, des clauses de caducité imposent aux régulateurs de lever les obligations existantes, soit après un délai fixé, soit conformément à des critères prédéfinis lorsque l'objectif sous-jacent aura été atteint. En outre, une fois ces marchés identifiés, les régulateurs sont invités à procéder à leur analyse concurrentielle en tenant « le plus grand compte » des lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché. Enfin, le pouvoir de la Commission européenne peut aller jusqu'à opposer un droit de *veto* au régulateur lorsqu'elle estime que le projet de décision envisagé entraverait le marché unique ou en cas de doutes quant à la compatibilité de la mesure projetée avec le droit communautaire.

Tableau n°3 : Les compétences des régulateurs dans le nouveau dispositif réglementaire européen

Directive « cadre»	Dispositif réglementaire de 1998 avant la réforme	Dispositif prévu par les directives transposées en 2003
Compétence des régulateurs et droit de veto de la Commission européenne en matière d'analyse des marchés et de désignation des entreprises puissantes	Les compétences des régulateurs sont strictement encadrées par les directives qui définissent les marchés pertinents et les obligations renforcées correspondantes. Pas d'intervention de la Commission européenne dans l'exercice de ces compétences, sauf recours judiciaire.	Un régulateur peut prendre une décision pour définir un marché pertinent autre que ceux recensés par la Commission européenne ou pour désigner ou non une entreprise comme étant puissante sur le marché. Lorsque cette décision tend à modifier les échanges entre les Etats membres, la Commission européenne dispose d'un droit de veto sous certaines conditions[82] (article 7). En cas d'urgence, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, les régulateurs peuvent exceptionnellement adopter immédiatement des mesures, dans des conditions particulières (article 7).
Règlement de litiges	Champ de compétences circonscrit pour le régulateur national : - interconnexion et accès ; - réseaux câblés ; - partage d'infrastructures.	Les régulateurs sont compétents pour résoudre un litige entre deux entreprises relatif aux obligations prévues dans toutes les directives. Si le règlement du litige a été transféré à leur demande à un autre organisme, mais n'est pas réglé au bout de quatre mois, le régulateur concerné doit s'en saisir et prendre une décision contraignante qui devra être appliquée dans un délai de quatre mois (article 20).
Litiges transfrontières	Aucune disposition spécifique.	Dans le cas des marchés transeuropéens, une procédure spécifique associant les régulateurs concernés est prévue (article 21).
Droit de recours	Les décisions du régulateur sont susceptibles de recours devant les juridictions nationales.	Droit de recours pour tout utilisateur ou toute entreprise affecté(e) par une décision prise par un régulateur (article 4).
Relations avec la Commission européenne et les autres régulateurs	Aucune disposition spécifique.	Institution d'un mécanisme de consultation et de coopération entre les différents régulateurs et avec la Commission européenne (article 5) ; en particulier, les régulateurs fournissent à la Commission européenne, à sa demande motivée, les informations qui lui sont nécessaires.
Relations entre les régulateurs et les autorités de la concurrence	Pas de dispositions spécifiques dans les directives. Mécanisme de consultation réciproque entre l'autorité de la concurrence et le régulateur.	Les régulateurs et autorités chargées de la concurrence se communiquent entre eux les informations nécessaires à l'application des directives, en respectant la confidentialité (article 3).
Consultation et transparence	Aucune disposition spécifique.	Les régulateurs doivent engager une procédure de consultation nationale lorsqu'ils souhaitent prendre des mesures ayant des incidences importantes sur un marché pertinent.
Groupe européen des autorités de régulation	Existence d'un Groupe des Régulateurs Indépendants informel.	La Commission européenne soutient la création d'un groupe européen formel constitué des autorités de régulation pour les réseaux et les services de communications électroniques (considérant 36).

Source : COMMISSION EUROPEENNE [2003b] et ARCEP [2002a]

[82] Dans le projet originel de la Commission européenne, repris par le Parlement européen en première lecture, un droit de veto pour la Commission européenne était institué sur toute décision des régulateurs concernant les fréquences, la définition des marchés et la désignation d'opérateurs significativement puissants sur ces marchés, ou relative aux obligations imposées à ces opérateurs en termes d'accès. La réticence du Conseil des ministres à l'égard de ce droit de veto a finalement conduit la Présidence belge de l'Union européenne à élaborer un texte de compromis, avalisé par le Parlement européen en seconde lecture, et reposant sur les trois aspects suivants : veto de la Commission européenne, encadré par une procédure de « comitologie » consultative, pour la définition des marchés et la désignation des opérateurs significativement puissants ; simples remarques de la Commission européenne pour les mesures imposées aux opérateurs puissants dans le cadre de la directive accès ou service universel ; non-inclusion des fréquences (HERISSON [2002] p. 73).

2.3.2. Les mécanismes de consultation et de transparence de la directive cadre

Les mécanismes de consultation et de transparence de la directive cadre s'appliquent aux régulateurs pour désigner les opérateurs puissants. En l'occurrence, les procédures des articles 6 et 7 relatives à l'interconnexion et à l'accès prévoient une double obligation pour les régulateurs. D'une part, au titre de l'article 6, les régulateurs ont l'obligation de consulter les parties intéressées sur les projets de mesure, et de rendre publiques les procédures de consultation nationales ainsi que les résultats[83]. D'autre part, ils ont l'obligation de mettre en même temps à la disposition de la Commission européenne et des régulateurs des autres Etats membres les projets de mesures. Ces derniers disposent d'un mois (ou de plus, si la consultation publique est plus longue) pour faire part de leurs observations. Le régulateur national doit tenir compte de ces commentaires dans l'élaboration des mesures définitives, et doit communiquer ces dernières à la Commission européenne.

Dans le cas où la mesure définitive envisagée définit un marché pertinent différent de ceux recensés par la recommandation ou dans le cas où la Commission européenne a indiqué au régulateur ses doutes quant à la compatibilité de la mesure envisagée avec le cadre communautaire ou a estimé que le projet de mesure fera obstacle au marché européen, l'adoption de la mesure doit être reportée de deux mois. Pendant cette période, la Commission européenne peut demander au régulateur de retirer son projet de mesure en accompagnant cette décision d'une analyse circonstanciée et objective des raisons de sa demande. Dans des circonstances exceptionnelles, les régulateurs peuvent déroger à ces procédures et adopter les mesures de façon immédiate. Elles ne sont alors applicables que pour une durée limitée. Dans ce cas, les régulateurs communiquent sans délai les mesures à la Commission européenne et aux autres régulateurs en en justifiant les raisons.

[83] L'article 6 de la directive cadre instaure un mécanisme de transparence et de consultation, qui fait obligation aux régulateurs d'organiser une consultation lorsqu'ils prennent des décisions affectant des tiers. Dans sa version initiale, cet article accordait également un droit de veto à la Commission européenne, qui pouvait exiger des régulateurs la modification ou le retrait d'une mesure envisagée qu'il aurait estimé injustifiée. Mais, lors du Conseil des ministres du 4 avril 2001, sous l'influence du GRI, de certains régulateurs et de la volonté des gouvernements, les Quinze ont unanimement rejeté le pouvoir d'arbitrage de la Commission européenne et ne lui ont reconnu que le pouvoir d'émettre un avis « *circonstancié* » sur les décisions des régulateurs (BOULAUD [2001] p. 30).

Conclusion de la deuxième section

En choisissant comme objet d'analyse empirique les conséquences de la réforme du cadre réglementaire européen des communications électroniques sur la régulation des marchés, nous avons posé les soubassements de notre recherche fondée sur la théorie des coûts de transaction. Nous avons mis en exergue que la réforme s'est soldée non seulement par une refonte du cadre réglementaire avec le maintien de règles sectorielles de concurrence, mais aussi par de profondes transformations institutionnelles consacrant la coordination des régulateurs par la mise en réseau comme une nouvelle structure de gouvernance pour la régulation d'un marché unique et harmonisé.

Le cadre réglementaire offre aux régulateurs la possibilité de jouer un rôle déterminant. Consultant et incitant les régulateurs à donner leurs avis à travers différentes procédures de coopération, la Commission européenne recueille leurs observations, et est pour une large part directement influencée par ces contributions. Par ailleurs, divers comités et procédures ont été mis en place pour faciliter l'application du cadre réglementaire. La Commission européenne et les autorités nationales de régulation ont défini les procédures de notification[84] et d'examen des mesures spécifiques arrêtées par ces dernières. Pour sa part, la Commission européenne a modifié ses propres structures internes afin de les adapter au volume important de notifications individuelles (COMMISSION EUROPEENNE [2003d] p.6).

Toutefois, la multiplicité des acteurs et la quasi-contractualisation de leurs relations *via* la directive cadre rendent complexe la nouvelle structure de régulation. L'augmentation du nombre d'organismes, le chevauchement de leurs activités et les divergences entre les règlements qui président à leur fonctionnement questionnent l'efficacité et la transparence des processus de prise de décision. Les « espaces de négociation » entre les acteurs réglementaires distendent les rapports hiérarchiques qui prévalaient avant la réforme. Ce constat nuancé justifie que nous nous interrogions plus avant, dans les chapitres suivants, sur l'efficacité et les performances de cette structure de gouvernance, notamment en termes de coûts de transaction.

[84] On entend par « notification », la notification à la Commission européenne, par une autorité nationale de régulation, d'un projet de mesure en application de l'article 7, paragraphe 3, de la Directive 2002/21/CE (directive cadre) ou la présentation d'une demande conformément à l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la Directive 2002/19/CE (directive-accès).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Dans ce chapitre, nous avons étudié la genèse du cadre réglementaire européen des communications électroniques, et décrit la nouvelle structure de régulation des marchés en insistant sur les mécanismes de coordination des acteurs. Nous avons montré que le réexamen du cadre juridique a conduit à une profonde transformation des dispositifs réglementaires. La définition, dans la directive cadre, de la coordination interinstitutionnelle en tant que processus, et non plus en termes d'action générique de support au niveau communautaire lui permet d'acquérir une valeur ajoutée en soi, et de prendre sa place parmi les instruments traditionnels d'intégration. L'esprit qui a présidé à la réforme est non seulement d'accroître l'harmonisation réglementaire entre Etats membres, sans toutefois basculer dans l'imposition de normes communautaires, mais également, de renforcer le pouvoir d'intervention des régulateurs nationaux, pour qu'ils soient en mesure de s'adapter à l'évolution des marchés.

Le nouveau cadre apporte plus de souplesse et d'adaptabilité dans les moyens mis en œuvre. Il confère aux régulateurs nationaux des compétences élargies, mais ces derniers sont aussi davantage encadrés. Le nouveau cadre donne en effet une large marge de manœuvre aux autorités nationales de régulation, à condition qu'elles l'utilisent sans contrevenir aux règles communes et sans perturber le marché intérieur. L'ancienne approche fondée sur la coordination par le contrôle de la Commission européenne a ainsi été remplacée par une architecture institutionnelle complexe reposant sur des relations de nature contractuelle entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne. Cette forme de décentralisation s'accompagne de mécanismes de coordination et de contrôle qui visent à créer un partenariat entre les régulateurs nationaux, mais également entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne.

Notre objectif est d'analyser l'efficacité de ce choix organisationnel par rapport à d'autres structures de gouvernance qui auraient pu être mises en place, comme, par exemple, une institution supranationale au niveau européen pour réguler les réseaux de communications électroniques. Cela nous conduit à poser les questions suivantes : Faut-il dans l'Union européenne décentraliser ou, au contraire, centraliser la gouvernance de la régulation des marchés des communications électroniques ? Le mode de gouvernance choisi est-il aligné sur les caractéristiques de la régulation ?

Dans la perspective d'une analyse comparative, il nous paraît nécessaire de définir un cadre théorique nous permettant d'appréhender les problèmes de coûts de transaction et d'efficacité que pose l'articulation des niveaux et des modes de gouvernance de la régulation dans une industrie de services publics de réseau à l'échelle européenne. L'approche théorique que nous privilégions au chapitre suivant est celle de la théorie des coûts de transaction, car elle offre une grille d'analyse propice à l'étude de l'efficacité des choix organisationnels.

CHAPITRE 3.
LES THÉORIES DE LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICES PUBLICS

« Un développement récent important est la reconnaissance du fait que les déficiences du marché ne constituent qu'une justification *prima facie* de l'intervention, étant donné que les coûts de l'intervention publique peuvent excéder ses bénéfices. C'est pourquoi on doit également tenir compte des déficiences de la régulation. »

MAJONE [1996] p. 46.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 3

La privatisation, l'ouverture à la concurrence et l'organisation de la fourniture des services publics ont fait l'objet de nombreuses recherches (VICKERS et WRIGHT [1989], MAJONE [1994], BOYLAUD et NICOLETTI [2000]). Toutefois, l'architecture optimale de l'intervention publique sur des marchés de concurrence imparfaite soulève encore de nombreuses questions dans la littérature économique (ESTACHE et MARTIMORT [1998] p. 1 ; PERROT [2003] p. 28). La gouvernance de la régulation des marchés de services publics de réseau demeure un domaine de recherche à approfondir. En effet, l'approche normative standard considère la régulation des marchés de services publics de réseaux comme une boîte noire maximisant le bien-être social (WILLIAMSON [1999]). Elle est en fait un processus politique où les coûts de transaction jouent un rôle important (DIXIT [1996]).

En ce qui nous concerne, nous avons choisi de traiter la question de la pertinence et de l'efficacité de la structure de gouvernance de la régulation du marché européen des communications électroniques, par une analyse des arrangements institutionnels entre les régulateurs nationaux et les institutions communautaires. La nature contractuelle de ces arrangements (Cf. Chapitre 2) et la rareté des études empiriques portant sur le design institutionnel de la régulation des services publics de réseau au niveau européen permettent de justifier notre choix et d'en mesurer l'originalité.

Afin d'éclairer cette problématique, ce chapitre dresse une vue d'ensemble des analyses théoriques de la régulation des marchés de services publics. La nature et la forme de l'intervention publique sont fortement influencées par la grille théorique sur laquelle elle se fonde en partie. Or chacune de ces théories aboutit à des prescriptions différentes sur la nécessité et les conditions de l'intervention publique pour réguler les marchés de services publics.

Pour étudier la question qui nous préoccupe, nous avons choisi de privilégier la théorie des coûts de transaction pour plusieurs raisons. D'une part, la théorie des coûts de transaction se fonde sur la démarche comparative et positive de l'économie institutionnelle de la réglementation qui prend en compte les défaillances du marché comme les défaillances réglementaires. D'autre part, cette théorie prône que l'intervention publique est une solution théorique parmi d'autres, et que l'arbitrage en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution est une question

empirique, où les caractéristiques des transactions, l'incertitude et l'opportunisme constituent les variables de choix.

Le présent chapitre comporte trois sections. La section 1 aborde les concepts de défaillances de marché, et identifie les problèmes que ces concepts soulèvent dans le cas particulier des services publics de réseau. Cela nous permet, dans la section 2, de souligner les apports et les limites des différentes approches théoriques de l'économie publique sur le recours à l'intervention de l'Etat, et de montrer que, parmi elles, la démarche positive et comparative de la théorie des coûts de transaction est la plus pertinente pour analyser l'arbitrage entre les modes alternatifs de gouvernance des marchés de services publics.

SECTION 1. LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICES PUBLICS

Avant d'analyser les fondements et les dimensions de la régulation des marchés de services publics, il est utile au préalable de préciser le sens de plusieurs concepts utilisés par les analyses théoriques (section 1.1.). Ces concepts nous serviront de guides pour examiner les enjeux du partage des compétences réglementaires et donneront cohérence à notre démarche. Les défaillances de marché sont au cœur de la controverse théorique sur la nécessité de l'intervention de l'Etat, en particulier dans le cas des services publics de réseau en raison du coût des infrastructures et des caractéristiques techniques et économiques des transactions en jeu. Nous abordons les situations de défaillances de marché qui fondent l'Etat réglementeur de l'économie du bien-être, et que reprend à son compte l'économie publique (section 1.2.), et nous identifions les problèmes que ces concepts soulèvent dans les situations particulières caractérisant les marchés de services publics de réseau (section 1.3.).

1.1. Les concepts supports des analyses théoriques

A l'appui de notre démarche, il convient de préciser le sens que nous avons retenu des termes « service public », « marché », « réglementation » et « régulation ». Cela vise tout autant à clarifier le flou sémantique entourant ces termes, qu'à souligner la spécificité du concept de la régulation dans le cadre de notre analyse de la gouvernance des marchés de services publics de réseau.

1.1.1. La polysémie du service public

Le terme service public est souvent utilisé dans plusieurs sens. Il peut désigner la substance d'une activité (le service public des communications électroniques), des impératifs sociaux ou d'aménagement du territoire (les missions de service public), un statut (la fonction publique assimilée au service public), un mode de propriété et de gestion (l'entreprise publique), une éthique (servir). Les composantes fonctionnelle, organique et matérielle du service public coïncident. Le service public est à la fois la mission à assumer, l'administration qui la prend en charge et le secteur d'activité

correspondant (CHEVALIER [1990] p. 669). Du point de vue juridique, le service public se définit par l'accès égal, la mutabilité et la continuité.

Au niveau communautaire, le terme service d'intérêt économique général se réfère aux services de nature économique que les Etats membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général, par exemple la disponibilité d'un service en tout point d'un territoire à un prix raisonnable (COHEN et HENRY [1997]). La notion de services d'intérêt économique général couvre plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme les transports, les services postaux, l'énergie et les communications électroniques. Dans notre analyse, nous retiendrons la définition économique du service d'intérêt général qui repose sur les défaillances du marché.

1.1.2. L'équilibre de marché, objet de la régulation

Par-delà leur diversité, les marchés sont des systèmes d'échange permettant aux agents économiques de se rencontrer, d'établir des accords transactionnels et de les exécuter (BROUSSEAU [2003] p. 64). Ils renvoient aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, et de liberté des demandeurs d'acquérir. Mais, les marchés sont-ils capables de fonctionner sans l'intervention de l'Etat ?

Le concept de régulation des marchés de service public désigne l'action des pouvoirs publics visant à instaurer et à maintenir un équilibre économique optimum requis par ces marchés, car ils ne seraient pas capables, en eux-mêmes, de produire cet équilibre en raison de leurs particularités. Pour les économistes, la régulation est à la fois le système de règles d'encadrement du marché et de mise en application de ces règles établies dans les zones de l'économie où les mécanismes du marché libre ne suffisent pas à produire un fonctionnement jugé satisfaisant du point de vue de l'intérêt public (STOFFAËS [2003] p. 8).

Dans le débat sur la régulation des communications électroniques, il existe un certain flou sur l'objectif à atteindre : s'agit-il d'établir les conditions qui conduiront à l'optimum économique, d'établir une concurrence loyale, c'est-à-dire une égalité des contraintes entre les intervenants, ou encore de faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs ? Le développement de la concurrence est souhaitable pour conduire à

l'efficacité économique, laquelle comprend à la fois l'efficacité productive (l'utilisation des techniques de production les moins coûteuses) et l'efficacité allocative (la disparition de rentes de monopoles). La régulation consistes alors à faciliter un processus de confrontation des offres entre des offreurs indépendants, propre à les forcer à être aussi efficaces que possible. Toutefois, le terme de concurrence est parfois aussi utilisé dans le sens où l'objet n'est pas tant de protéger le processus de confrontation des offres, mais plutôt de protéger les concurrents eux-mêmes en limitant les armes stratégiques des offreurs dans la compétition ou en leur assurant une certaine égalité des chances. Dans certains cas, le souci de favoriser la concurrence est assimilé au souci de favoriser l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs. La difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas de régulation qui satisfasse simultanément tous ces objectifs (JENNY [1996] p. 92).

1.1.3. La distinction sémantique entre réglementation et régulation

La notion d'équilibre économique des marchés requiert de clarifier le flou sémantique entourant les termes de réglementation et de régulation, qui impliquent deux conceptions différentes de l'intervention de l'Etat. Cette distinction sémantique nous sera utile au Chapitre 4 pour analyser les différents modes de coordination réglementaire à l'aune de la théorie des coûts de transaction.

La réglementation *stricto sensu* ne concerne que certaines modalités de l'intervention publique, qui prennent la forme d'une production de règles, de codes, dont l'objet est de pallier les défaillances des marchés. Il s'agit de dispositions légiférées – législatives ou réglementaires au sens formel – qui tendent essentiellement à imposer des conditions, restrictions ou exigences de conformité à des actes juridiques ou matériels, activités, opérations, relations, voire à des choses. Elles restreignent directement une liberté ou un pouvoir, essentiel ou consacré comme prérogative juridique singulière par le droit lui-même (JEAMMAUD [1998] p. 53).

La réglementation n'est qu'un des éléments du système global de régulation d'un marché. Ce système global peut être défini comme l'organisation des rapports entre tous les agents dont l'interaction détermine le fonctionnement du marché : puissance publique, organismes de réglementation, entreprises actives sur le marché, actionnaires de l'entreprise dominante, créanciers de cette entreprise, etc. (CURIEN et DUPUY [1996]

p. 47). Ce concept est souvent utilisé comme traduction du terme anglais « *regulation* », dont le sens est, en fait, beaucoup plus large, puisque la régulation se focalise moins sur le marché lui-même que sur les effets indésirables induits par son fonctionnement. La régulation couvre toutes les actions de contrôle des comportements que l'Etat ou une autorité ayant vocation à le représenter conduit dans le respect de l'intérêt général. La régulation revêt une portée générale puisqu'elle désigne le phénomène d'ensemble qui concourt à la bonne marche d'une économie ou d'un secteur, où plusieurs forces souvent contraires sont à l'œuvre. La réglementation n'est que l'une d'entre elles (LEVEQUE [1998] pp. 4-5).

La régulation, quant à elle, est un mode d'action publique au carrefour des transactions économiques et politiques, à l'interface entre les logiques étatique et marchande. Elle définit un rapport différent de l'Etat à l'économie, celui-ci n'intervenant plus nécessairement de manière directe sur des secteurs autrefois sous sa tutelle, tout en organisant la concurrence lors de la libéralisation d'un secteur. Elle vise à instaurer la concurrence - autant qu'il est nécessaire - dans un secteur où elle n'existait pas ou très peu, et à concilier l'exercice loyal de cette concurrence avec les missions d'intérêt général dont sont investis les services publics. La régulation suppose un marché, ou des marchés, qu'il s'agit d'ordonnancer, auxquels il convient de donner des règles du jeu, afin que les acteurs connaissent le cadre de leur activité. L'objectif de la régulation est de créer un fonctionnement loyal et sécurisé de ces marchés pour rendre plus optimal le fonctionnement de l'économie (GALLOT [2003] p. 56). Par ailleurs, la politique de régulation renvoie aux instances *ad hoc* le soin de définir, pour assurer le bon déroulement des échanges, des règles claires et communes à l'ensemble des acteurs d'un secteur donné, et d'en contrôler l'application.

1.2. L'intervention publique face aux défaillances de marché

L'économie du bien-être a pour principal objectif de mettre en évidence les conditions d'une allocation pareto-optimale[85] des ressources, qui conduirait à un

[85] L'optimalité économique, au sens de Pareto, traduit une situation dans laquelle le bien-être d'un individu ne peut plus augmenter sinon en diminuant le bien-être d'un autre individu.

équilibre stable des marchés. Le marché de concurrence pure et parfaite[86] constitue un mécanisme permettant de maximiser le bien-être collectif.

Toutefois, il existe des situations où les mécanismes concurrentiels peuvent ne pas fonctionner correctement, et se traduire par des résultats non optimaux. Ce sont les situations de défaillance de marché[87] qui diffèrent par leurs origines, et correspondent à différentes classes de problèmes. La mise en évidence théorique des défaillances de marché apporte, dans le cadre de l'économie du bien-être, une justification de l'intervention publique. Dans ces situations et au nom de l'efficacité économique, une autorité publique doit se substituer à la main invisible et agir sur le comportement des consommateurs et des firmes (PIGOU [1932]).

Quelles situations justifient l'intervention de l'Etat ? Quelles prescriptions l'économie publique préconise-t-elle pour remédier aux défaillances de marché ? Telles sont les questions auxquelles nous proposons de répondre dans les sections qui suivent.

1.2.1. Les situations hors marché

Certains obstacles à l'optimalité peuvent tenir à l'intervention de phénomènes « hors marché », notamment aux limites physiques du marché[88]. Ce sont les externalités ou effets externes[89]. Les externalités sont les variations d'utilité d'un agent dues à l'action ou à l'abstention d'un autre agent. Elles demeurent en dehors de la sphère marchande, c'est-à-dire elles ne donnent pas lieu à compensation monétaire entre les agents économiques.

Une externalité peut être positive en créant de la valeur, ou négative en engendrant un coût, dont la collectivité bénéficie, ou dont elle pâtit. Cela est par définition le cas lorsque l'action de l'autre agent ne donne pas lieu à compensation.

---

[86] Les conditions de la concurrence pure et parfaite sont les suivantes : atomicité des offreurs et des consommateurs, homogénéité ou substituabilité des biens, libre entrée et libre sortie des facteurs de production, transparence des prix du marché.

[87] La notion de défaillance de marché rend compte de situations où le lien est rompu entre la poursuite des intérêts privés des consommateurs et la satisfaction de l'intérêt général (LEVEQUE [1998] p. 7).

[88] Le marché ne peut saisir, même à travers le système des prix, toutes les variations d'utilité dues à des effets indirects qui affectent pourtant le comportement de certains agents par rapport au bien qui fait l'objet du marché. Dans ce cas-là, il n'y a pas optimum de Pareto, puisque cette catégorie d'agents ne maximise pas sa satisfaction alors même que le marché fonctionne normalement.

[89] La qualification d'externe indique l'incapacité du marché à enregistrer, répercuter, et sanctionner les effets, négatifs dans certains cas, bénéfiques dans d'autres, que les actions de certains individus ou groupes ont sur l'activité et le bien-être d'autres (HENRY [1997] p. 165).

Ainsi, si les responsables d'externalités négatives n'en payent pas le coût et si les créateurs d'externalités positives n'en perçoivent pas la rémunération, les premiers n'ont aucune incitation à réduire les nuisances dont ils sont la source, ni les seconds à développer les avantages qu'ils procurent à la collectivité (CURIEN et DUPUY [1996] p. 120).

L'internalisation des externalités consiste à faire peser sur les agents économiques tout ou partie des coûts de leurs actions, et à mettre en place un système d'incitations visant à obtenir un compromis efficace entre les coûts et les gains résultant de leurs actions. Elle nécessite l'intervention publique pour redistribuer le surplus positif ou négatif, c'est-à-dire la différence entre le coût social et le coût privé. Cette redistribution peut prendre la forme d'une taxe ou d'une sanction financière[90], d'une subvention à la réduction des effets externes[91], d'un tarif ou d'une quantité déterminée à produire, entre l'agent à l'origine de l'externalité et la collectivité qui la subit, de telle façon que, après internalisation, le libre jeu des transactions économiques conduise à l'optimum collectif[92].

1.2.2. L'absence de marché

D'autres obstacles à l'optimalité peuvent tenir à l'absence de marché, c'est-à-dire à la présence de services ou de biens collectifs[93] dont la production ou la consommation justifient une intervention de l'Etat pour les produire, ou les faire produire.

L'analyse des biens collectifs repose sur leur définition à partir de deux propriétés indépendantes l'une de l'autre : la non-exclusion (MUSGRAVE [1959]) et la non-rivalité (SAMUELSON [1954]). La non-exclusion découle soit de l'absence d'un dispositif technique ou juridique qui permettrait d'écarter quiconque de l'utilisation d'un service,

[90] La mise en place d'une taxe correctrice, appelée taxe pigouvienne, vise à atteindre l'équilibre pareto-optimal en compensant l'écart entre le coût privé de l'agent à l'origine de l'externalité négative et le coût social supporté par l'ensemble de la collectivité (CROCQ [2004] p. 67).

[91] Ce type d'intervention peut concerner l'agent pour qu'il élimine (ou réduise) les externalités négatives dont il est à l'origine, ou les victimes des externalités négatives pour leur permettre de les éliminer eux-mêmes.

[92] La supériorité de l'un ou l'autre type d'intervention dépend des hypothèses relatives à l'information de l'Etat et à l'objectif de réduction des effets externes négatifs. En outre, le choix entre ces différentes solutions doit intégrer l'existence des coûts de transaction (Cf. Sous-section 2.2.1.).

[93] Nous employons le terme de « bien collectif » plutôt que celui de « bien public » car le premier terme ne se réfère à l'initiative d'aucun acteur en particulier, alors que le second terme peut suggérer la présence de la puissance publique en tant que fournisseur ou propriétaire du bien (LEVEQUE [1998] p. 78).

y compris les individus qui ne contribueraient pas à son financement, autrement dit les passagers clandestins, soit du coût prohibitif des dispositifs d'exclusion (WOLFELSPERGER [1995]). La propriété de non-exclusion pose un problème pratique d'incitation à produire de tels biens et services pour les entrepreneurs privés, car ils ne peuvent pas rentabiliser leurs investissements.

La non-rivalité est la propriété qu'un bien puisse être consommé simultanément par plusieurs agents sans que la quantité consommée par l'un diminue les quantités encore disponibles pour les autres. Chacun peut consommer la même quantité de bien ou de service. Le coût marginal pour servir un consommateur supplémentaire est nul. Cette propriété économique conduit à une tarification de la fourniture privée des biens entraînant un rationnement sous-optimal des consommateurs (LEVEQUE [1998] pp. 84-86).

Dans le cas de biens collectifs, le recours à l'Etat prend la forme de l'instauration d'un impôt destiné à financer la fourniture à tous de biens collectifs, fourniture assurée directement par le secteur public ou déléguée aux entreprises privées (CROISSANT et VORNETTI [2003] p. 6). Mais, le recours à l'Etat pour financer des biens collectifs pose un problème de dissimulation des préférences des consommateurs en raison de l'asymétrie d'information entre le réglementeur et le réglementé. En effet, si le réglementeur ne connaît pas les préférences des agents, son intervention pour financer les biens collectifs ne peut atteindre qu'un optimum de second rang parce qu'il est obligé de laisser une rente à l'agent supérieurement informé.

Comme le montre le tableau n°4 ci-après, la combinaison des deux propriétés fait apparaître quatre catégories de biens qui peuvent être classifiés à partir de leurs propriétés d'exclusion et de rivalité.

Tableau n°4 : La matrice des biens

	Exclusion	**Non-exclusion**
Rivalité	Bien privé pur	Bien en commun
Non-rivalité	Bien de club ou bien-réseau	Bien collectif pur

On distingue les biens collectifs purs[94] des biens privatifs[95] qui ne posent pas de problème de défaillance de marché, mais également des catégories intermédiaires de biens collectifs, dits mixtes ou impurs, comme les biens en commun[96] et les biens de club[97].

1.2.3. Les défaillances structurelles de marché

Le marché peut également présenter des défaillances structurelles. C'est notamment le cas en présence d'un monopole. Le monopole peut être lié à une caractéristique technique de la production. Lorsque les rendements d'échelle sont croissants, c'est-à-dire quand toute augmentation équiproportionnelle des intrants engendre une augmentation proportionnellement plus forte de la production, les coûts moyens d'une entreprise sont décroissants pour tout niveau de production. Dans cette situation, une seule firme satisfaisant toute la demande aura des coûts inférieurs à deux firmes ou plus se partageant cette demande. En effet, si une seule firme sert la totalité de la demande, elle peut répartir ses coûts fixes sur un plus grand nombre d'acheteurs, ce qui diminue le coût unitaire. On parle alors de monopole naturel.

Cette défaillance de marché pose un problème de tarification sous-optimale car la fixation du prix au coût marginal (inférieur au coût moyen puisque celui-ci est décroissant), qui maximise la richesse collective, ne rémunèrerait pas les dépenses engagées par le producteur et l'entraînerait à fabriquer à perte[98]. Dans ce cas,

---

[94] Les biens collectifs purs sont caractérisés par la non-rivalité et l'impossibilité d'exclure quiconque de leur usage. Leur accès est gratuit. Leur production est financée par des fonds publics alimentés par l'impôt et leur usage s'impose à tous. Ils renvoient généralement aux fonctions régaliennes de l'Etat comme la sécurité intérieure, la défense nationale, et la justice. L'économie publique recommande une intervention publique pour financer leur production.

[95] Les biens privés se caractérisent par le fait que leur consommation totale se divise entre les différents usagers et la consommation d'un individu prive un autre individu de l'utilisation du même bien.

[96] Un bien en commun se caractérise par la non-exclusion, mais il implique une rivalité entre les consommateurs, par exemple les ressources halieutiques. Ces biens posent le problème du risque de surconsommation. En effet, comme les biens sont rivaux, leur consommation entraîne leur disparition, et comme il n'y a pas d'exclusion, aucun agent n'est incité à limiter sa consommation. Cette situation peut également entraîner des risques de congestion.

[97] Un bien de club est un bien dont la consommation collective peut être fermée à certains usagers. L'utilité pour un consommateur dépend du nombre d'utilisateurs. Sa consommation entraîne donc nécessairement des externalités qui peuvent être positives ou négatives, par exemple un réseau de communication d'information.

[98] Le problème du monopole naturel est similaire à celui posé par la non-rivalité des biens collectifs. La différence est que pour le monopole naturel le coût marginal est non nul (LEVEQUE [1998] p. 86).

l'intervention publique prend la forme d'une tarification administrée, par la fixation du prix de vente des produits du monopole par l'Etat.

Le tableau n°5 ci-après met en correspondance l'origine, le problème, et la prescription préconisée par l'économie publique, associés à chacune des défaillances de marché que nous venons d'aborder.

Tableau n°5 : Les défaillances de marché et les prescriptions théoriques

	Externalité	**Bien et service collectifs**	**Monopole naturel**
Origine	Situation « hors marché »	Propriétés de non-exclusion et de non-rivalité des biens et des services	Rendements d'échelle croissants
Problème	Définition et exercice du droit de propriété	Incitation à produire liée au comportement de passager clandestin et rationnement sous-optimal des consommateurs	Tarification sous-optimale
Prescription	Une autorité publique doit se substituer au marché pour réaliser l'allocation efficace des ressources : *Calcul du niveau optimal de production d'externalités et mise en place d'un mécanisme incitatif*	Une autorité publique doit se substituer au marché pour réaliser l'allocation efficace des ressources : *Financement de la production à partir de fonds publics*	Une autorité publique doit se substituer au marché pour réaliser l'allocation efficace des ressources : *Tarification administrée*

1.3. Le cas des marchés de services publics de réseau

Les services publics fournis par les industries du transport, de l'énergie, et des communications électroniques ont en commun de fonctionner grâce à des réseaux, c'est-à-dire grâce à une infrastructure d'interconnexion. Les réseaux sont des systèmes économiques et géographiques complexes. Ils concrétisent une intermédiation économique, et assurent une fonction sociale de redistribution de la richesse et d'allocation des ressources (LEVEQUE [1998] p. 66). Ils relient entre eux plusieurs opérateurs d'infrastructure ainsi que des opérateurs de services à de nombreux consommateurs. Ils sont ainsi le siège de transactions multiples, entre les productions des opérateurs, d'une part, et les consommations des usagers, d'autre part (CURIEN et

DUPUY [1996] p. 115). En raison de ces caractéristiques, les réseaux sont sujets aux défaillances de marché. Quels sont les problèmes de réglementation spécifiques aux marchés de services publics de réseau ? A quelles conditions les solutions alternatives à l'intervention de l'Etat sont-elles envisageables ? Nous traitons ces questions dans les sections suivantes, en faisant référence à un réseau en particulier, celui des communications électroniques.

1.3.1. Les effets externes de réseau

L'économie publique de la réglementation défend l'idée que les services publics de réseau font partie de l'ensemble vaste et hétérogène des services collectifs réglementés par l'Etat. En effet, les prix de ces services sont susceptibles d'exclure certains usagers, et ils jouent un rôle important en matière d'effets externes, qu'il s'agisse des effets externes positifs, dits de club, qu'ils créent, ou des effets externes négatifs qu'ils corrigent ou qu'ils induisent. Ils remplissent deux grandes catégories de missions de service public (HENRY [1997] p. 8) :

- celles qui visent à rendre physiquement et financièrement accessibles aux usagers – du fait de handicaps sévères, de situations critiques, de revenus insuffisants – des services dont ils ont besoin sous des formes appropriées ;
- celles qui visent à favoriser une utilisation efficace et équilibrée du territoire et des ressources communes.

Dans le cas d'un réseau de communications électroniques, deux sortes d'externalités sont particulièrement pertinentes : l'externalité de consommation et l'externalité pécuniaire. Il existe une externalité de consommation quand la satisfaction d'un individu ne dépend pas uniquement de sa décision d'adhérer au réseau, mais aussi des décisions des autres individus déjà raccordés qui souhaitent communiquer avec le nouveau venu (CURIEN [2000] p. 19). En l'absence de congestion, l'externalité est positive car la satisfaction individuelle s'accroît avec le nombre de consommateurs du « bien-réseau » ou d'un bien compatible par un « effet de club » (ECONOMIDES [1996] p. 6 ; CRETI et PERROT [1997] p. 49). A l'inverse, tout agent décidant de quitter le réseau réduit l'utilité globale du réseau pour les autres abonnés.

L'externalité pécuniaire a pour caractéristique de transiter par l'intermédiaire du système de prix. Par exemple, dans les réseaux de communications électroniques, il résulte de la présence d'importants coûts fixes. Chaque utilisateur supplémentaire du réseau permet de réduire le coût moyen de production et donc le prix, ce qui profite aux autres consommateurs. Dans ce cas, chaque utilisateur additionnel crée des externalités pécuniaires pour tous les autres (ANTONELLI [1992]). D'autres distinctions séparent les effets externes directs des effets externes indirects. L'externalité de réseau est directe lorsque l'influence correspondante s'exerce sans intermédiaire, indirecte dans le cas contraire.

Les externalités évoquées jusqu'ici sont intrasectorielles, en ce sens qu'elles ne concernent que les acteurs – producteurs ou consommateurs – d'un même secteur. Les réseaux sont également à l'origine d'externalités extrasectorielles, constituées de l'ensemble des « effets externes » qu'ils produisent sur le reste du système économique (CURIEN et DUPUY [1996] p. 119). En particulier, tout réseau est la source d'une externalité extrasectorielle par le degré d'accessibilité aux services qu'il fournit, dès lors que la consommation de ces services est une condition nécessaire à la consommation d'autres services, extérieurs au réseau. Par exemple, un réseau de communications électroniques dont le taux de pénétration est insuffisant, ou qui présente d'importantes inégalités de desserte, engendre une externalité négative, en pénalisant les consommations ou les productions dans les zones qu'il ne dessert pas. Inversement, un réseau de communications électroniques dont l'accès est généralisé produit une externalité positive, puisque des offreurs externes peuvent s'appuyer sur ce réseau pour fournir leurs propres services à la collectivité.

En croisant les trois critères : positive ou négative, directe ou indirecte, intra ou extrasectorielle, le tableau n°6 ci-après nous permet de distinguer huit catégories d'externalités de réseau appliquées au secteur des communications électroniques et illustrées par des exemples.

Tableau n°6 : La typologie des externalités des réseaux de communications électroniques

Externalités	Directes		Indirectes	
	Positives	**Négatives**	**Positives**	**Négatives**
Sectorielles	Effet de « club » Effet pécuniaire	Encombrement du réseau	Nouveaux services logiciels	Pourriels (messages électroniques non sollicités)
Extrasectorielles	Aménagement du territoire	Nuisance aux riverains due aux antennes relais	Accès aux professionnels de santé (télémédecine)	Zones non desservies

En l'absence de procédures d'internalisation, c'est-à-dire la traduction en un coût ou un gain monétaires, les opérateurs de réseau de communications électroniques, à l'origine d'externalités positives et négatives, chercheraient à internaliser les premières dans leurs tarifs et à maintenir les secondes externes, en n'investissant pas de manière à les réduire. Ainsi, les externalités et leur internalisation mettent-elles en jeu un ensemble d'acteurs : les usagers, qui sont émetteurs ou récepteurs d'externalités ; les opérateurs et les fournisseurs de services, éventuellement eux-mêmes émetteurs ou récepteurs, et dont les politiques de tarification et d'équipement traduisent une plus ou moins grande internalisation des externalités ; enfin les pouvoirs publics, dont l'objectif est d'évaluer les externalités et d'organiser un mode d'internalisation qui incite les opérateurs et les usagers à les prendre en compte (CURIEN et DUPUY [1996] p. 120).

1.3.2. La réglementation du monopole naturel

L'émergence de grandes structures intégrées, historiquement constatée dans les secteurs de réseau, peut s'expliquer par l'efficacité économique de telles structures. En effet, les industries de réseau reposent sur l'utilisation d'infrastructures dont la construction et l'exploitation présentent des rendements d'échelle croissants, des économies de gamme, et d'importants investissements difficilement réutilisables pour d'autres usages. Par exemple, les caractéristiques techniques des réseaux de communications électroniques (construits autour de centres de commutation) sont telles que les coûts marginaux de chaque ligne additionnelle sont plus faibles que les coûts

moyens du réseau total. Les économies d'échelle générées incitent fortement à créer de grands réseaux.

Si, dans un tel secteur, le coût minimal d'un bien est obtenu lorsqu'une seule entreprise réalise toute la production, alors, par définition, le monopole est naturel (SHARKEY [1982]). Le monopole naturel est caractérisé par la sous-additivité de la fonction de coût, propriété selon laquelle une seule firme satisfaisant toute la demande aura des coûts inférieurs à deux firmes ou plus se partageant cette demande[99]. Cette propriété conduit l'économie normative à préférer l'organisation de la production en monopole à l'organisation atomisée du marché de concurrence parfaite, et ce alors que, dans le cas général, le monopole est réprouvé car il conduit à des prix supérieurs et à des quantités inférieures à ceux de l'optimum collectif.

Cependant, l'application de la théorie du monopole naturel à l'étude de l'organisation du marché d'un secteur de réseau est critiquable. D'une part, la propriété de sous-additivité des coûts est difficile à tester à partir de données empiriques, car la fonction de coût dépend certes des niveaux de production, mais également des prix des facteurs travail et capital et du niveau de progrès technique. Or les informations statistiques disponibles sont nettement insuffisantes pour estimer convenablement la fonction de coût. D'autre part, d'un point de vue méthodologique, il est discutable d'extrapoler l'efficacité comparée de formes alternatives d'organisation industrielle à partir de la seule observation de l'évolution du monopole historique[100]. Enfin, la structure de la production fait en réalité intervenir différents étages ne présentant pas tous la propriété des rendements croissants. Dès lors, la plupart des activités de réseau peuvent être découpées en infrastructures et services, les premières étant plus efficacement servies par un monopole et les seconds par un marché concurrentiel. Ces défauts remettent en question l'idée selon laquelle la structure des coûts serait le facteur dont on pourrait déduire l'organisation industrielle souhaitable.

---

[99] Une fonction de coût est strictement sous-additive si, pour toute partition d'extrants q1, q2, …, qn, il est moins coûteux de produire les différentes quantités d'extrants ensemble que séparément (BAUMOL, PANZAR, et WILLIG [1982]). La notion de monopole naturel est donc purement technologique.

[100] Selon Lévêque ([1998] p. 65), « il ne faut pas confondre monopole naturel et monopole historique. Dans les industries de réseau, la frontière des monopoles historiques s'est étendue au-delà du maillon des activités en monopole naturel ».

En réalité, la causalité s'opère plutôt en sens inverse. Ce sont la structure du marché et le dispositif réglementaire mis en place qui conditionnent les coûts des opérateurs et, par conséquent, leur efficacité et leur viabilité (CURIEN [2000] p. 48). Par exemple, les pouvoirs publics peuvent encourager, en la subventionnant, l'entrée sur le marché d'une entreprise de plus petite taille. Cependant, cette méthode n'est avantageuse que si les gains à attendre de la concurrence l'emportent à terme sur les coûts de la duplication de certaines infrastructures (CROISSANT et VORNETTI [2003] p. 12).

Conclusion de la première section

Cette première section nous a permis d'aborder les concepts de l'économie de la réglementation appliqués aux marchés de services publics. Nous avons insisté sur la façon dont les concepts de défaillance de marché se réfèrent à différents types de problèmes en général, puis nous avons mis l'accent sur les solutions théoriques prescrites dans le cas des marchés de services publics de réseau. Le problème de la réglementation des services publics de réseau est traditionnellement abordé sous l'angle de l'examen des caractéristiques technologiques comme les rendements d'échelle croissants et l'existence d'externalités positives.

Toutefois, l'analyse des défaillances de marché par l'économie du bien-être compare les résultats du monde réel avec les référents hypothétiques d'un équilibre général concurrentiel parfait. Cette approche conduit à tirer des conclusions d'une étude d'une situation de marché simplifiée (COASE [1964] p. 195)[101], ignorant l'incidence des coûts irrécouvrables, de l'incertitude et de l'opportunisme qui caractérisent les industries de réseau.

Il apparaît nécessaire d'aborder les approches théoriques qui ont mis en évidence les limites de la régulation des marchés de services publics, et qui prônent des alternatives à l'intervention publique.

[101] "[The contemplation] of an optimal system has led economists to derive conclusions for economic policy from a study of an abstract of a market situation. It is no accident that in the literature [...] we find a category '*market failure*' but no category '*government failure'*. Until we realize that we are choosing between social arrangements which are all more or less failures, we are not likely to make much headway" (COASE [1964] p. 195).

SECTION 2. LES LIMITES DE LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICE PUBLIC

Bien que les marchés de service public de réseau constituent un secteur privilégié de l'intervention publique, les différentes écoles de l'économie de la réglementation parviennent à des prescriptions opposées. En effet, pour l'économie publique, la réglementation est un mode de gouvernance infaillible. Le réglementeur est un agent omniscient, bienveillant et efficace, supposé disposer d'une information complète, et être le garant de l'intérêt général.

A l'inverse, les théoriciens des groupes d'intérêt et des droits de propriété considèrent la réglementation comme totalement inefficace, car il existe des problèmes d'asymétrie d'information entre le régulateur et les firmes, et de capture du régulateur par l'industrie. L'intervention de l'Etat peut alors se solder pour les consommateurs et les contribuables par un coût supérieur aux bénéfices qu'elle est censée leur apporter.

Les prescriptions de politiques publiques de l'économie du bien-être ont suscité une critique des modalités de cette intervention par l'Ecole des choix publics et par la nouvelle économie publique de la réglementation, qui ont mis en évidence les sources de défaillance de la réglementation (section 2.1.). Plus globalement, ce modèle s'est vu opposer la critique de la nouvelle économie institutionnelle fondée sur les coûts de transaction et la comparaison des formes d'action collective (section 2.2.).

2.1. Les sources de défaillance de l'intervention publique

Jusqu'au début des années 1960, la démarche normative de l'économie publique domine en ne prêtant de défaillances qu'au marché. Dans le cadre d'une réglementation parfaite, l'intervention publique est toujours bénéfique pour la collectivité. Le réglementeur, garant de l'intérêt général, est uniquement préoccupé d'efficacité. Il est un planificateur parfait. Comme tel, il n'est contraint ni par des difficultés de collecte d'information, ni par des capacités de calcul limitées.

Avec les années 1970, sur la base d'une croissance continue de l'économie de marché, des économistes comme Buchanan, Tullock, et Friedman, firent remarquer que l'intervention publique créait plus de maux publics qu'elle ne combattait d'hypothétiques maux privés, et que la relance de l'économie se ferait par sa

désétatisation. Aux « défaillances de marché » ils opposèrent les « défaillances de la réglementation ». Celles-ci ont plus particulièrement fait l'objet d'une analyse économique à partir des travaux de l'Ecole des choix publics.

Quelles analyses des dysfonctionnements de l'Etat l'Ecole des choix publics et la nouvelle économie publique ont-elles mises en évidence ? Distinguons trois types d'analyse des dysfonctionnements de l'Etat. La première est celle de la « théorie de la capture » de la réglementation par un groupe d'acteurs, en particulier l'industrie qui est elle-même l'objet de l'intervention publique. La seconde est celle de la nouvelle économie publique, selon laquelle l'Etat n'est pas bienveillant, mais est traversé de différentes contradictions. Enfin, la troisième source de défaillance de l'intervention publique concerne les effets de l'incertitude et de l'asymétrie d'information qui relèvent de contraintes transactionnelles, et obligent à raisonner dans un monde de contrats incomplets.

2.1.1. La capture des pouvoirs publics

Le relâchement des hypothèses de l'économie du bien-être donna naissance à la théorie de la capture des pouvoirs publics. Cette théorie défend l'idée que le gouvernement et l'administration sont soumis à l'influence de groupes d'intérêts (STIGLER et FRIEDLAND [1966] ; STIGLER [1971])[102]. La réglementation est un service échangé entre des offreurs (décideurs politiques et fonctionnaires) et des demandeurs (industrie), tous guidés exclusivement par leurs propres intérêts (POSNER [1974], PELTZMAN [1976]).

Concernant les « offreurs », l'économie industrielle de la réglementation analyse les problèmes de capture et de crédibilité des décideurs publics comme des défaillances de la réglementation. Le régulateur poursuit des intérêts qui lui sont propres, comme l'augmentation de son budget ou une promotion de carrière. L'Etat n'est pas une « boîte noire », mais une organisation hiérarchisée au sein de laquelle le régulateur n'intervient qu'en bout de chaîne (ESTACHE et MARTIMORT [1998]). Ses décisions sont encadrées et contrôlées par d'autres institutions. Le régulateur est enserré dans des relations analogues à celles qu'il entretient lui-même avec les groupes d'intérêts. Pour l'autorité

[102] "Regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit" (OLSON [1965] p. 3).

placée au-dessus de lui, il est le mieux informé sur les entreprises du secteur dont il a la charge. Il va donc chercher à tirer parti de cette asymétrie d'information pour atteindre ses propres objectifs au lieu de poursuivre strictement ses missions. Si le régulateur peut adopter un comportement opportuniste[103] à l'égard de son autorité de tutelle, il peut agir de même à l'égard des entreprises sous son contrôle. En effet, il peut être tenté de revenir sur ses décisions ou de changer les règles du jeu. Si le régulateur ne s'interdit pas d'agir de la sorte, les entreprises préfèrent ne pas investir. L'insuffisante crédibilité des engagements du régulateur dans le futur se traduit par un niveau sous-optimal de l'investissement (LEVEQUE [1998] p. 64).

A propos des « demandeurs », l'économie industrielle de la réglementation recense quatre éléments pour expliquer la participation des groupes d'intérêts au « marché » de la réglementation (NOLL et OWEN [1983]). Le premier est le montant des enjeux, c'est-à-dire le gain net attendu par l'action de *lobbying*. Plus ce gain est élevé, plus les groupes de pression sont actifs. Le deuxième est la taille de la coalition d'intérêts. Les groupes à faible effectif ont un avantage sur les groupes de grande taille. Ainsi, plus l'effectif du groupe d'intérêts est réduit, plus il est facile de contrôler les comportements de passager clandestin (OLSON [1965]). Le troisième élément est le degré d'homogénéité des intérêts au sein de la coalition. Les gains nets individuels résultant de l'action collective sont plus ou moins différenciés. Plus les membres sont homogènes en termes de coût de production et de qualité des produits, plus il leur est facile de négocier pour se mettre d'accord sur une position commune. Enfin, le quatrième élément est l'incertitude sur les effets de la réglementation. Plus cette incertitude est marquée, moins les groupes d'intérêts sont présents.

Ces éléments ont conduit les théoriciens de la capture à proposer de retirer à l'Etat le droit de réglementer pour limiter l'action des groupes d'intérêt, qui résulte pour la société dans son ensemble en un gaspillage de ressources, et représente des dépenses improductives. Ils rejetèrent l'idée d'une autorité publique garante de l'intérêt général et reconsidérèrent l'efficacité de la réglementation comme mode de gouvernance des marchés de service public de réseau. Les économistes des théories des groupes d'intérêt et des droits de propriété prirent position contre l'intervention publique et préconisèrent

[103] L'opportunisme consiste à poursuivre systématiquement et sans scrupule son intérêt particulier. Sans scrupule signifie ici que l'individu (qui peut être une personne ou une organisation) n'est sensible qu'aux gains et aux coûts qui le concernent directement (HENRY [1997] p. 191).

le recours à des mécanismes alternatifs de type concurrentiel (DEMSETZ [1968] ; POSNER [1972])[104].

2.1.2. L'inefficacité de l'organisation des pouvoirs publics

La question de l'organisation des pouvoirs publics est traditionnellement distinguée de la réflexion sur l'efficacité de l'intervention des pouvoirs publics. Cette dernière s'appuie sur la référence au fonctionnement concurrentiel des marchés pour porter un jugement sur les performances des dispositifs institutionnels de coordination. La distinction établie entre ces deux niveaux d'analyse oblige alors à traiter de manière séparée la justification des objectifs que réalise l'Etat et l'efficacité des formes organisationnelles adoptées pour son intervention.

Pour l'Ecole des choix publics, les dérives des droits de propriété publics, en l'absence de sanctions marchandes, rendent les organisations publiques incapables de satisfaire l'intérêt général. Le secteur public n'aurait plus de raison d'être parce qu'il est inefficace du point de vue organisationnel. En effet, la puissance publique n'est plus considérée comme un tout cohérent et agissant en fonction d'objectifs univoques, prédéterminés, mais comme un complexe d'agents divers auxquels on peut appliquer les grands principes de la rationalité économique, et notamment la maximisation de leur fonction d'utilité (TULLOCK [1978]).

Derrière l'agent « Etat » se profilent des coalitions et des conflits qui rendent difficilement pertinente une perspective rationalisée à l'extrême. D'une part, les actions de l'Etat interagissent de manière étroite avec les comportements privés. Aussi, plutôt que d'interventions publiques, il est plus pertinent de parler d'actions mises en œuvre par différents secteurs ou institutions publiques, liées d'emblée à d'autres centres de décisions. D'autre part, au niveau de l'ensemble de l'appareil d'Etat, la maximisation de l'utilité des politiciens peut déterminer les politiques publiques à travers un « cycle politico-économique » (BUCHANAN et TOLLISON [1972]). La régulation des marchés de service public est ainsi souvent perçue comme un processus politique. Enfin, du point de vue interne, des agents bien placés peuvent avoir des comportements de monopoleurs et chercher à maximiser une rente à leur seul profit.

[104] Voir YVRANDE-BILLON [2002] pour une revue de la littérature sur les modes de coordination alternatifs de la fourniture des services publics de réseau.

2.1.3. Les effets de l'asymétrie d'information

La nouvelle économie publique[105] (LAFFONT et TIROLE [1993]) s'appuie sur la théorie des incitations et des contrats, qui modélise les comportements stratégiques des agents devant l'information, pour caractériser d'autres défaillances de la réglementation et la manière de les corriger[106]. La qualité de l'information à la disposition des agents économiques est remise en cause par les effets négatifs de l'incertitude, et plus généralement, par les effets défavorables de l'asymétrie d'information[107].

Les modèles de la capture développés par l'Ecole de Chicago (Stigler, Peltzman) et l'Ecole de Virginie (Tollison, Tullock) souffrent d'un biais méthodologique, et sont critiqués par la nouvelle économie publique. En effet, ils ignorent les asymétries d'information. Or en l'absence de telles asymétries, les firmes régulées seraient incapables d'extraire des rentes, et n'auraient alors aucun motif d'influencer les pouvoirs publics. De manière similaire, les électeurs et le législateur seraient en mesure de contrôler le régulateur qui ne pourrait pas favoriser les groupes d'intérêt au détriment de l'intérêt général (LAFFONT et TIROLE [1993] p. 476).

En matière de régulation d'un marché de service public de réseau, le contrôle des tarifs et des coûts joue un rôle important. En effet, la définition de politiques optimales impose d'être en mesure d'évaluer parfaitement les coûts de production ou les dispositions à payer des consommateurs. Or ce sont des informations privées que les agents ne sont pas nécessairement enclins à révéler. En outre, le problème est compliqué par la présence d'une double asymétrie d'information entre les opérateurs et le régulateur. D'une part, les technologies disponibles et leurs caractéristiques de coût sont imparfaitement connues du régulateur. D'autre part, l'effort de gestion consenti par les entreprises ne peut être directement observé (CURIEN [2000] p. 51).

---

[105] Une autre dénomination est celle de nouvelle économie de la réglementation (LAFFONT et TIROLE [1993] p. 34).

[106] « Beaucoup des évolutions institutionnelles récentes comme les réformes de la réglementation des monopoles naturels trouvent leur motivation fondamentale dans la prise en compte plus réaliste des problèmes incitatifs » (LAFFONT [1992] p. 14).

[107] L'asymétrie d'information désigne une situation où l'une des parties est mieux informée que l'autre. Il est parfois impossible d'atteindre la parité d'information entre elles ou de faire appel à une tierce partie à un moindre coût (*information impactedness*).

En effet, l'entreprise détient des informations sur ses coûts, sa productivité, et les caractéristiques de l'offre et de la demande, qui sont nécessaires au régulateur, mais qu'elle n'a pas intérêt à lui communiquer, car elles lui permettent de s'accaparer un profit, appelé rente informationnelle, qui devrait pourtant revenir à la collectivité (LAFFONT et TIROLE [1993] p. 46).

Cette situation correspond pour la théorie des incitations à une relation principal-agent. Le principal, c'est-à-dire le régulateur, fixe les termes du contrat auquel doit se conformer l'entreprise, mais souffre d'un déficit d'information. Quant à l'agent, ici, l'entreprise, il observe la règle fixée par le principal, mais détient en contrepartie un avantage informationnel. Le principal va chercher à mettre au point un mécanisme révélateur de l'information et un contrat incitatif, qui amènent l'agent à lui révéler l'information qu'il détient et à atteindre le bon niveau d'investissements et d'efforts de gestion.

Toutefois, l'asymétrie d'information liée aux capacités intrinsèques de l'agent engendre un phénomène de sélection adverse (opportunisme *ex ante* avec information cachée) (AKERLOF [1970]). C'est l'exemple des caractéristiques de production et de demande que l'entreprise est mieux à même de connaître que le régulateur. Ainsi, l'entreprise peut-elle manipuler l'information sur ses coûts en déclarant qu'ils sont plus élevés qu'ils ne le sont en réalité pour recevoir une subvention plus forte. Quant à l'asymétrie d'information liée au comportement de l'agent, ici l'effort de gestion et les choix d'investissement, elle engendre un phénomène d'aléa moral (opportunisme *ex post* avec action cachée) (ARROW [1963]). En effet, le principal, n'étant pas en mesure de les observer ou d'en apprécier le bien-fondé, l'entreprise peut être tentée de mener une politique d'investissements très ambitieuse et de masquer la modestie de ses efforts de gestion pour être plus efficace.

Les asymétries d'information posent un problème majeur impliquant des contraintes sur l'allocation des ressources. Le problème revient à concevoir un contrat qui tout à la fois lutte contre la sélection adverse et réduise l'aléa moral[108].

L'effort de l'entreprise est moins élevé que celui qui serait obtenu en situation d'information parfaite, car c'est le prix à payer par le régulateur pour la révélation de l'information. Dès lors, on peut préférer au monopole des structures concurrentielles. En particulier, si les coûts fixes viennent à baisser dans les coûts totaux, par exemple du fait d'innovations technologiques touchant les infrastructures, préserver les rendements d'échelle devient moins crucial et la présence de plusieurs entreprises sur le marché peut réduire les rentes informationnelles. La concurrence est un moyen d'améliorer à la fois l'efficience allocative, en redistribuant à la collectivité des rentes initialement gardées par le monopole, et l'efficience productive, en incitant les entreprises à abaisser leurs coûts (PERROT [2003] p. 53).

L'évolution du contrat de régulation se traduit par le passage de la prescription à l'incitation. Prescrire est exigeant en information, et donc peu efficace et peu crédible, si les données manquent pour fixer la règle puis la contrôler. Inciter, c'est rechercher des procédures contractuelles qui amènent les agents économiques à s'engager dans la direction souhaitée, sans que ce comportement leur soit directement imposé. Inciter est généralement révélateur d'information, à travers la réponse de l'agent à l'incitation, mais peut s'avérer coûteux en termes de rente concédée pour obtenir l'effort désiré. Pour le principal, mieux vaut cependant acheter et obtenir l'effort de l'agent que mobiliser des moyens inquisitoriaux et inopérants (CURIEN et DUPUY [1996] p. 61). La réglementation optimale consiste alors à proposer un menu de contrats incitatifs, au sein duquel l'entreprise choisit le mieux adapté à ses caractéristiques, qu'elle révèle par là même au régulateur.

[108] On distingue essentiellement deux types de contrat. D'une part, le contrat « *fixed price* » cherche à lutter contre l'aléa moral en incitant la firme à minimiser ses coûts, car une augmentation de sa productivité permet de dégager des profits qu'elle récupère. Il consiste à fixer un prix plafond pour un panier de biens pendant une période donnée. Cependant, ce mécanisme n'évite pas le problème de sélection adverse. D'autre part, le contrat « *cost plus* » vise à réduire la sélection adverse en incitant la firme à révéler des informations sur ses coûts pour déterminer les transferts à réaliser. Il consiste à rembourser les coûts majorés d'une rémunération du capital engagé. Cependant, il n'incite pas la firme à minimiser ses coûts puisqu'elle est assurée de les recouvrer. Il existe alors un risque de surinvestissement appelé « effet Averch-Johnson » [1962]. L'opérateur a ainsi intérêt à investir toujours plus, puisque sa rémunération est assurée et dépend du capital investi.

2.2. La réfutation du recours systématique à l'intervention publique

Bien que l'analyse des défaillances de marché conduise à prôner l'intervention de l'Etat, cette approche résiste mal à l'épreuve des faits, échouant, en particulier, à rendre compte de la réalité de l'intervention publique et de ses limites. Elle ignore l'ensemble des coûts de transaction liés à la régulation des marchés, c'est-à-dire les coûts relatifs à la collecte de l'information, à l'élaboration des règles et à la gestion des moyens incitatifs à mettre en œuvre.

Toutefois, il est nécessaire de considérer ces coûts pour comparer défaillance de marché et défaillance de la réglementation, et examiner si l'intervention publique est finalement préférable du point de vue général. En effet, considérer que les mécanismes de marché peuvent garantir la coordination en toutes circonstances revient à omettre les problèmes de ce mode de coordination (LEVEQUE [1998] p. 39).

L'économie institutionnelle de la réglementation réfute la nécessité du recours systématique à l'intervention publique (COASE [1960]). Mais, l'enrichissement de l'analyse, par rapport au paradigme du gouvernement bienveillant et omniscient, ne se limite pas à prendre en compte les risques de biais politiques. Elle propose une méthode d'analyse comparée et empirique fondée sur la prise en compte des coûts de transaction pour évaluer la pertinence et l'efficacité des solutions aux problèmes de défaillance de marché, y compris la résolution privée et le laisser-faire.

2.2.1. La prise en compte des coûts de transaction

Pour l'économie institutionnelle de la réglementation, il est irréaliste de négliger les coûts de transaction, c'est-à-dire les coûts liés à l'élaboration des lois et au contrôle de l'application des règles (CALABRESI [1968] ; DALHMAN [1979] ; COASE [1988]). Si on adopte l'hypothèse simplificatrice de coûts de transaction nuls pour tous les modes d'allocation des ressources, l'intervention publique devient inutile, car les agents eux-mêmes vont s'entendre pour mettre au point une solution optimale. En effet, si les coûts de transaction sont nuls, alors la négociation, la rédaction et le respect d'un contrat ne coûtent rien aux parties contractantes. Elles vont se livrer spontanément à une série de marchandages qui ne se termineront que lorsqu'un équilibre de Pareto sera

spontanément atteint. Quand les coûts de transaction sont nuls, les défaillances de marché n'apparaissent pas.

Sans le concept de coûts de transaction, on ne peut expliquer ni le choix entre différentes alternatives contractuelles, ni l'importance de la définition, de la protection et de l'allocation des droits de propriété, ni l'influence du système légal sur l'efficacité d'une économie. En l'absence de coûts de transaction, les institutions qui façonnent le système économique n'ont ni substance, ni objet. Pour Coase ([1988] p. 14), « il est nécessaire d'introduire explicitement des coûts de transaction dans l'analyse économique pour étudier le monde tel qu'il est »[109].

L'examen des problèmes de défaillances de marché n'a de sens que dans le cadre de l'hypothèse de coûts de transaction positifs. Mais, les défaillances de marché entraînent-elles systématiquement la production de règles publiques ? La présence d'externalités négatives ne justifie pas automatiquement une intervention correctrice de l'Etat, tant que les coûts de transaction entre les individus sont négligeables et, en tout cas, inférieurs aux gains mutuels associés aux accords négociés. Les agents économiques peuvent aussi produire des règles sophistiquées. Par exemple, les bénéficiaires et les victimes des effets externes peuvent négocier des accords mutuellement avantageux permettant d'atteindre une allocation optimale des ressources au sens de Pareto. Il existe en outre une diversité de lieux de production de règles communes comme le marché, la firme et l'Etat. Le choix du « producteur de règles » dépend des coûts de transaction attachés aux différentes alternatives. Il s'en suit que la détermination des formes efficaces de la régulation nécessite de caractériser et de comparer les coûts de transaction attachés aux différents modes possibles de coordination économique.

[109] La recherche de Coase [1974] sur l'évolution du système britannique des phares et balises a mis en évidence qu'avant les années 1830, le phare typique britannique, considéré par les économistes comme un bien collectif que le marché ne peut fournir et que l'Etat doit produire, était en réalité construit, opéré, financé et possédé en propre.

Cependant, les coûts de transaction sont difficilement quantifiables[110]. Pour résoudre ce problème d'évaluation, l'économie néo-institutionnelle de la réglementation préconise d'adopter une démarche comparative consistant à estimer non pas la valeur absolue des coûts, mais la différence entre les coûts de transaction induits par un mode de contractualisation et ceux générés par un autre type de contrat. Les recherches empiriques ne cherchent presque jamais à mesurer directement ces coûts (KLEIN et SHELANSKI [1995]). Elles essaient plutôt de démontrer l'existence d'une inégalité entre les coûts de transaction associés à des arrangements contractuels différents (MASTEN et SAUSSIER [2000]).

2.2.2. La résolution privée des défaillances de marché

La thèse de l'économie publique n'étant juste qu'en présence de coûts de transaction positifs et sous certaines conditions, l'intervention publique en cas de défaillances de marché ne revêt plus un caractère obligatoire. En particulier, rien n'exclut *a priori* que les problèmes qu'elle est censée résoudre ne puissent aussi être surmontés par les acteurs eux-mêmes à travers la négociation. La négociation est une solution privée dans la mesure où elle repose sur les décisions volontaires des agents et non sur les ordres d'une autorité publique.

Bien que la négociation soit une solution qui ne réclame pas l'intervention de l'Etat, sa mise en œuvre suppose toutefois une action publique préalable, à savoir l'attribution des droits de propriété. En effet, au contraire de l'économie du bien-être, l'économie institutionnelle de la réglementation considère les externalités et les biens collectifs comme des phénomènes liés aux conditions du marché, et particulièrement à l'attribution des droits de propriété entre les agents. Pour Coase, on n'échange pas des biens et des services sur les marchés, mais des droits. Ces droits sont définis par la loi. En fonction de la manière dont le système légal délimite les droits de propriété sur les biens et les services, la valeur d'échange de ces biens en sera affectée et donc la richesse sociale produite dans l'économie.

[110] Se reporter à Wang [2003] pour une revue de la littérature sur les problèmes de mesure des coûts de transaction dans les différentes disciplines des sciences économiques.

Toutefois, la négociation peut poser certains problèmes. D'une part, les agents n'ont pas nécessairement une bonne connaissance des fonctions de profit et de coût. D'autre part, les droits de propriété peuvent ne pas être définis ou de façon imprécise. Enfin, l'existence de droits de propriété implique des coûts de transaction et de contrôle non négligeables (COASE [1988]), ainsi qu'un risque de comportement de passager clandestin lorsque les externalités sont liées à des biens collectifs.

2.2.3. Une méthode d'analyse comparée et empirique

A la suite de Coase [1960], l'économie institutionnelle a proposé une méthode d'analyse économique de la régulation des marchés de service public à mi-chemin entre l'approche de l'économie publique et les théories des groupes d'intérêts. Tout en relativisant la présomption de vénalité de l'intervention gouvernementale dans l'économie, Coase a proposé une démarche positive et empirique s'appuyant sur la comparaison des imperfections du marché et des défaillances de la réglementation.

Comme il existe différents modes d'allocation des ressources ayant chacun un coût de fonctionnement propre, la recherche de l'optimum ne consiste pas simplement à maximiser les externalités positives et à minimiser les externalités négatives. En effet, développer les premières et réduire les secondes sont des opérations dont le coût doit être mis en regard des gains attendus. La réglementation est un mécanisme d'allocation des ressources parmi d'autres, et elle vise sinon la réalisation d'un optimum, au moins l'atteinte du moindre coût. Elle n'a de sens que si elle n'engendre pas elle-même des inefficacités supérieures à celles qu'elle prétend corriger. Par conséquent, seul un examen au cas par cas des coûts et des bénéfices des différentes solutions, y compris le laisser-faire, permet de justifier l'intervention publique.

Dans l'approche de l'économie institutionnelle de la réglementation, l'Etat, avant d'intervenir, doit évaluer non seulement les avantages et les coûts d'une intervention directe, mais aussi les avantages et les coûts de transaction respectifs des différentes parties. Il lui faut en effet tester la possibilité d'une transaction privée, substitut à son intervention directe. Par conséquent, l'analyse économique institutionnelle de la réglementation insiste sur l'étude concrète des solutions mises en œuvre et du fonctionnement des organisations (LOTTER [1995]). La démarche vise à caractériser l'ensemble des solutions, puis à reconnaître les coûts associés à l'application de chacune

de ces solutions, et enfin, à mettre en correspondance des variations de ces coûts avec des dimensions observables de la transaction.

Pour conclure cette sous-section, nous résumons au tableau n°7 ci-après les principales propositions des courants de pensée que nous avons décrits au cours de ce chapitre. Cette mise en perspective nous permet de mieux discerner les caractéristiques de l'approche de la théorie des coûts de transaction dans le cadre plus large de l'économie publique.

Tableau n°7 : Les analyses théoriques de la réglementation des marchés de service public

Ecole théorique	Origine de la réglementation	Caractéristiques du réglementeur	Limite de la réglementation	Prescription
Economie publique traditionnelle	Défaillances de marché	Garant de l'intérêt général et bienveillant	Pas de limite : le réglementeur est rationnel et omniscient	Réglementer en présence de défaillances de marché
Théories des choix publics	Marché politique	Vénal et au service des groupes d'intérêt	Capture des pouvoirs publics	Supprimer la réglementation et recourir aux mécanismes concurrentiels
Nouvelle économie publique	Défaillances de marché	Dépendant des informations des réglementés	Asymétries d'information	Réglementer par des contrats incitatifs
Economie institutionnelle de la réglementation	Coûts de transaction	Cherchant à minimiser les coûts	Coûts de transaction comparés	Ne réglementer que si les autres solutions sont plus coûteuses

2.3. Une palette d'instruments d'action réglementaires et non réglementaires mis en concurrence

La réglementation n'est que l'un des nombreux instruments d'action que les gouvernements peuvent employer pour atteindre leurs objectifs. Cependant, ces instruments sont souvent choisis en fonction des habitudes et de la culture

institutionnelles plutôt que sur le fondement d'une analyse rationnelle de leur capacité à traiter le problème posé (OCDE [2003] p. 3).

L'approche de l'économie institutionnelle de la réglementation suggère de prendre en considération une large gamme d'instruments non réglementaires, au même titre qu'un certain nombre de formes clairement distinctes de réglementation. La figure n°3 ci-après présente différents instruments d'action à la disposition des pouvoirs publics, chacun étant positionné en fonction du degré d'intervention vis-à-vis du marché qu'il implique. A la figure n°3, on trouve ainsi parmi les instruments d'action qui s'inspirent le plus du marché la législation générale sur la concurrence et les obligations de diffusion d'informations. Dans la partie opposée de la figure, on trouve les monopoles publics et les interdictions totales d'activité dans un secteur.

De par leur diversité, ces instruments d'action réglementaires et non réglementaires sont *de facto* mis en concurrence les uns par rapport aux autres. Cela recouvre non seulement une concurrence organisationnelle en termes de ressources financières et budgétaires, mais aussi une concurrence fonctionnelle en matière de pouvoirs et de mandats d'action. Un environnement concurrentiel dans le contexte réglementaire incite les agents à choisir les structures de gouvernance minimisant les coûts de transaction. Ce choix affecte l'issue des échanges de droits de propriété dans l'allocation de l'autorité réglementaire de la même manière que le transfert des droits de contrôle modifie les résultats des firmes (GRAJZL et MURRELL [2005] p. 3). Or la théorie des coûts de transaction suggère que le choix de l'un de ces instruments d'action parmi le continuum des solutions fondées soit sur le jeu des mécanismes de marché, soit sur l'intervention de l'Etat dépende des dotations de l'environnement institutionnel et politique propres à chaque pays ou à un ensemble de pays.

Prenant exemple de cette typologie des instruments d'action réglementaires et non réglementaires, nous proposerons une palette de structures de gouvernance réalisables, au Chapitre 6, pour étayer notre analyse des relations entre les autorités nationales de régulation et la Commission européenne, et évaluer l'efficacité de la gouvernance du cadre réglementaire européen des communications électroniques.

Figure n°3 : Un ensemble d'instruments d'action réglementaires et non réglementaires

Instruments fondés sur le jeu des mécanismes de marché												**Instruments fondés sur l'intervention de l'Etat**
←												→
Libre jeu des mécanismes du marché	Libre jeu des mécanismes du marché avec seulement une politique générale de la concurrence	Divulgation obligatoire de l'information pour améliorer les choix du consommateur	Réglementation volontaire par le secteur privé (accords volontaires, normes privées, codes de bonne conduite)	Incitations au libre jeu du marché instituées par les pouvoirs publics (taxes, signaux en matière de prix, droits de propriété)	Réglementation des processus obligeant les entreprises à évaluer les risques et à prendre les décisions les plus efficaces en termes de coût	Régulation des résultats (objectifs types fixés par les pouvoirs publics)	Réglementation du type « directive et contrôle »	Monopole privé réglementé	Accord de sous-traitance d'un monopole avec le secteur privé	Monopole public constitué en société	Monopole public	Interdiction par l'Etat d'une activité économique

Source : OCDE [2003] p. 53.

Conclusion de la deuxième section

Pour conclure cette section, l'analyse des limites de la réglementation par l'Ecole des choix publics et la nouvelle économie publique, ainsi que la réfutation du recours systématique à l'intervention publique par l'économie institutionnelle de la réglementation, nous ont aidé à mettre à jour la portée limitée de la thèse de l'intervention publique et à en circonscrire le domaine de validité. En effet, les approches théoriques traditionnelles de la réglementation comparent une situation imparfaite à une situation parfaite, et rapportent toute mesure envisagée à une référence idéale d'optimum de Pareto. Elles ignorent notamment les contraintes organisationnelles qui, dans la réalité, pèsent sur l'action publique. De fait, elles ne précisent aucune caractéristique des institutions, et ne traitent ni du choix entre les solutions alternatives à l'intervention publique ni de leur efficacité comparée. Or la mise en évidence des défaillances de l'intervention publique conduit à remettre en cause, si ce n'est l'Etat en tant qu'acteur, à tout le moins ses modes d'action qui font désormais une part indéniablement plus large aux mécanismes de marché.

Nous avons mis en exergue le rôle des coûts de transaction dans l'analyse des modes d'allocation de l'autorité réglementaire entre les régulateurs publics et privés. Au chapitre suivant, notre objectif est de suivre et d'approfondir cette piste théorique en adoptant la perspective du contrat de régulation, développée par l'économie néo-institutionnelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 3

Le présent chapitre nous a permis de brosser les analyses théoriques de la gouvernance des marchés de service public en donnant une vue d'ensemble des différentes écoles théoriques. Celles-ci se complètent et s'opposent les unes aux autres dans leur analyse des concepts d'externalité, de bien collectif et de monopole naturel. L'analyse des défaillances de marché par l'économie du bien-être est apparue insuffisante pour rendre compte de la réalité de l'intervention publique, tandis que l'analyse des limites de la réglementation par l'Ecole des choix publics et par la nouvelle économie publique nous a aidée à en circonscrire le domaine de validité.

Cependant, ces approches théoriques comparent une situation imparfaite à une situation parfaite, et rapportent toute mesure envisagée à une référence idéale d'optimum de Pareto. De fait, elles ne précisent aucune caractéristique des institutions, et ne traitent ni du choix entre les modes d'organisation alternatifs à l'intervention publique ni de leur efficacité comparée. Or la référence empirique au contexte et l'identification des caractéristiques des institutions nous paraissent déterminantes pour expliquer le succès ou l'échec de la mise en œuvre des solutions normatives.

Dans une approche appliquée de l'analyse économique de la réglementation, nous avons justifié l'idée qu'il est préférable d'adopter la démarche comparative et positive de l'économie institutionnelle de la réglementation. En effet, cette approche, du fait des hypothèses qu'elle retient, prend en compte les défaillances du marché comme les défaillances de la réglementation (COASE [1960] ; WILLIAMSON [1985]). Pour choisir en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution, elle s'appuie sur une analyse détaillée des caractéristiques des transactions et des propriétés des arrangements contractuels susceptibles de les encadrer, ainsi que sur des propositions établissant une correspondance entre attributs des transactions et structures de gouvernance.

La perspective de l'économie néo-institutionnelle relativise l'analyse normative dans le sens où les résultats d'une politique donnée dépendent à la fois de normes et de conceptions de l'intérêt public, mais aussi de facteurs tels que les règles du processus politique, les incitations rencontrées par les différents acteurs de ce processus, et la configuration changeante du pouvoir et des intérêts au sein de la société. Cela suggère

que les théories normatives et positives de la régulation doivent être considérées comme complémentaires plutôt que mutuellement exclusives.

Au chapitre suivant, nous mettons en lumière les propositions de la théorie des coûts de transaction pour choisir le mode le plus efficace de gouvernance réglementaire des marchés de service public de réseau.

CHAPITRE 4.
LE CHOIX DU CADRE THÉORIQUE DES COÛTS DE TRANSACTION

"The New Institutional Economics movement […] does not consist primarily of giving new answers to the traditional questions of economics – resource allocation and the degree of utilization. Rather it consists of answering new questions, why economic institutions have emerged the way they did and not otherwise".

ARROW [1987] p. 734.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 4

Pour étudier les relations entre le régulateur et les autres parties prenantes la théorie « principal - agent » semblait à première vue convenir. Cependant, cette théorie se focalise sur les conséquences de la délégation des pouvoirs réglementaires plutôt que sur les causes de cette délégation et le rôle de l'environnement institutionnel (GILARDI [2001] p. 2). Nous avons par conséquent choisi de privilégier la théorie des coûts de transaction, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, la théorie des coûts de transaction se fonde sur la démarche comparative et positive de l'économie institutionnelle qui prend en compte les défaillances du marché comme les défaillances de la réglementation. D'autre part, cette théorie prône que l'intervention publique est une solution théorique parmi d'autres. L'arbitrage en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution est une question empirique. Le choix en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution dépend de l'évaluation et de la comparaison des coûts de gouvernance attachés à chacune d'elles (COASE [1959]).

L'originalité de notre recherche consiste à analyser le dispositif de coordination réglementaire pour réguler les marchés de service public, à partir de la notion de contrat développée par la théorie des coûts de transaction. En adoptant une approche contractuelle de la gouvernance réglementaire, nous mettons en évidence le rôle des coûts de transaction dans le choix des arrangements par lesquels les institutions réglementaires se créent des droits et des obligations mutuelles qui bornent leurs interactions. C'est tout l'enjeu du régime réglementaire européen du secteur des communications électroniques, qui établit le cadre des relations entre les autorités nationales de régulation et la Commission européenne, en définissant un ensemble de droits de propriété politique et les coûts de transaction associés. L'approche de la théorie des coûts de transaction en matière de design des institutions de régulation nous semble par conséquent particulièrement intéressante et féconde pour appréhender l'efficacité de la nouvelle structure de gouvernance mise en place.

Ce chapitre se compose de trois sections. La section 1 met en évidence les propositions de la théorie des coûts de transaction que nous appliquons à l'analyse de la gouvernance de la régulation des marchés de service public. Adopter une approche contractuelle nous permet de nous focaliser sur la spécificité de la fonction de régulation et sur les propriétés des dispositifs de coordination réglementaire. La section 2

considère la gouvernance de la régulation comme le cadre institutionnel où se définissent et s'échangent des droits de propriété politique entre agent(s) régulateur(s) et agent(s) régulé(s). Ce cadre institutionnel détermine la forme organisationnelle de la régulation par ses effets sur les mécanismes quasi-contractuels dont l'objet est d'échanger des « droits de réguler ». La section 3 s'intéresse à la correspondance entre attributs et dispositifs de la coordination réglementaire. Elle met en évidence l'influence des dotations de l'environnement institutionnel sur les choix de gouvernance réglementaire, i.e. les mécanismes d'allocation de l'autorité réglementaire et d'échange des droits afférents à l'organisation des pouvoirs réglementaires et à la coordination des compétences d'exécution entre les institutions.

SECTION 1. UNE APPROCHE CONTRACTUELLE DE LA RÉGULATION

La gouvernance de la régulation des marchés de service public se réduit-elle à un corpus de règles applicables ? En fait, c'est l'ensemble formé par la réglementation, les institutions chargées de la faire appliquer, les entreprises et les consommateurs (STOFFAËS [2003] p. 79). La gouvernance réglementaire est régie par des relations complexes entre sphère publique et sphère privée, assimilables à celles d'un contrat (LEVY et SPILLER [1996] p. 202) (section 1.1.). La conception de la gouvernance réglementaire comme un contrat administré implicite permet de révéler les aspects de la chaîne de transactions entre les institutions à l'œuvre dans la régulation (section 1.2.).

1.1. La gouvernance de la régulation vue comme un contrat

L'originalité de l'approche de la théorie des coûts de transaction consiste à emprunter l'image du contrat pour étudier les relations de long terme entre le régulateur et les entreprises régulées. Cette référence au contrat est commode pour comprendre la complexité et l'enchaînement des relations entre acteurs privés et publics, et mettre en exergue le rôle des coûts de transaction dans la répartition et le transfert des droits de propriété politique.

1.1.1. L'originalité de l'approche de la théorie des coûts de transaction

La conception de la régulation comme un contrat[111] marque l'originalité de l'approche de la théorie des coûts de transaction[112]. Le fait d'adopter une vision contractuelle permet d'offrir une perspective différente qui met l'accent sur la complexité des arrangements institutionnels entre les citoyens (individus ou groupes

[111] La première application de cette analyse est celle de Demsetz [1968] sur le problème de la réglementation des monopoles naturels. Goldberg [1976], quant à lui, a introduit dans l'analyse économique la notion de contrat relationnel et ses conséquences sur l'analyse économique des contrats. Selon Goldberg, la réglementation est un ensemble de contrats administrés.

[112] Selon Williamson ([2000] pp. 29-31), tout problème susceptible d'être formulé directement ou indirectement comme un problème de contractualisation peut être avantageusement examiné en termes d'économie des coûts de transaction. La théorie des coûts de transaction voit donc le contrat moins comme une règle légale que comme un processus qui permet d'accomplir des économies de coût.

d'intérêt), les entreprises (entreprise de service public ou concurrents), le gouvernement (individus ou partis) et les administrations (autorités de régulation, autorités de la concurrence, juridictions judiciaires et administratives, etc.) (DIXIT [1996] ; SIDAK et SPULBER [1997]).

Par cette approche contractuelle, on désigne un mode consensuel d'élaboration des règles, sans glisser pour autant dans le droit des contrats et une force obligatoire issue de l'échange des consentements (FRISON-ROCHE [2005] p. 3). Le mode contractuel permet d'organiser un ajustement des différentes volontés par lequel chaque intérêt spécifique trouve à s'exprimer à travers une des « parties » à la négociation. Il apparaît alors une distinction entre la contractualisation *ex post* de la régulation, consistant à offrir la perspective de sanction à la négociation, et la contractualisation *ex ante*, à travers un ajustement dans l'adoption de la règle même (FRISON-ROCHE [2005] p. 5)[113].

Le contrat demeure toutefois une image qui sert à illustrer l'intégration des destinataires et leur intérêt propre dans l'élaboration de la règle ou l'exercice d'un pouvoir de décision et de choix lors de la mise en œuvre de la règle. La régulation est ainsi souple « comme » peut l'être un contrat, mais elle n'en est pas un. En effet, la singularité vient de ce que le contrat n'est ici qu'un mode de concrétisation d'une prérogative juridique, c'est-à-dire la mise en œuvre du type d'équilibre voulu par la loi qui définit les droits et les obligations de chacun. Or cela prend rarement la forme d'un contrat librement négocié, les parties étant enfermées dans un rapport contractuel dont aucun ne peut s'échapper. Cela s'applique particulièrement aux secteurs régulés, pour lesquels l'accès au réseau ne peut que difficilement résulter d'une quelconque négociation, aussi bien du côté du gestionnaire de réseau rendu puissant par la détention de l'infrastructure, mais entravé par le droit d'accès de son interlocuteur, que du côté de l'opérateur alternatif, fort de cette prérogative mais peu en position de négocier.

[113] La négociation est une caractéristique importante des relations entre le régulateur et les firmes réglementées. La croissance de relations informelles coopératives entre le régulateur et les fonctions de veille réglementaire au sein des entreprises implique l'émergence et le développement d'une expertise réglementaire. Ces relations génèrent des avantages pour les deux parties, selon un processus itératif et négocié impliquant des coûts de transaction et des niveaux différents de confiance entre la firme réglementée et le régulateur (WILLMAN et alii [2003] p. 69).

1.1.2. L'incomplétude et la nature de long terme du contrat réglementaire

La référence faite au contrat est commode pour analyser la structure contractuelle entre les parties et le régulateur. Comme le gestionnaire de l'infrastructure traite avec un grand nombre d'opérateurs alternatifs, ceux-ci ont intérêt à agir collectivement par l'intermédiaire du régulateur pour négocier les termes et administrer le contrat au cours de la relation.

Le contrat qui sert de cadre à cette relation est moins pensé comme un mécanisme d'engagement fort que comme une « constitution » introduisant les éléments nécessaires aux adaptations ultérieures de la relation. Il s'agit d'une relation de long terme du fait même de la nature des biens et des services échangés. D'une part, les parties doivent négocier régulièrement pour s'adapter aux aléas et, d'autre part, les contractants doivent s'appuyer sur des agents, i.e. le régulateur ainsi que les juges et le législateur qui collectent l'information, édictent les règles, les mettent en application et les révisent. Pour Williamson (1996), cette relation peut être décrite comme une forme de contrat incomplet de long terme[114], qui détermine la distribution des droits de contrôle réglementaire, mais dans lequel les droits et les obligations du régulateur sont grossièrement spécifiés (GOLDBERG [1976] ; ESTACHE et MARTIMORT [1998]). Le droit du régulateur de fixer les règles selon la loi joue ainsi le même rôle que les droits de propriété pour les firmes quand les contrats sont incomplets. De surcroît, cette incomplétude ouvre la voie à la négociation. Cet angle de vue permet d'étudier la régulation au regard du cadre théorique des droits de propriété qui analyse la répartition et l'attribution de l'autorité réglementaire.

Dans ce contrat incomplet de long terme, ce qui importe sont les règles qui gouvernent la relation, comme les règles déterminant la durée et l'échéance appropriées de la relation, et le processus d'ajustement aux aléas. Cette relation est complexe et soumise à une grande incertitude. Dans ce contexte, ce sont davantage les moyens de gérer la complexité et l'incertitude qu'il faut analyser pour décrire et comprendre les formes d'organisation de la gouvernance réglementaire plutôt que les variables traditionnelles de prix et de quantité.

[114] "Regulation may be described contractually as a highly incomplete form of long-term contracting" (WILLIAMSON [1976] p. 91).

1.2. Les chaînes transactionnelles de la régulation

La conception de la gouvernance réglementaire comme un contrat administré implicite permet de révéler les aspects de la chaîne de transactions à l'œuvre dans la régulation. La régulation implique une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec les pouvoirs publics. Autrement dit, le rôle de ces derniers est moins de commander directement aux acteurs économiques, que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées.

En ce sens, la régulation des marchés de service public relève de la gouvernance trilatérale (WILLIAMSON [1985]). En effet, les transactions sont à la fois idiosyncrasiques et spécifiques. Les lourds investissements consentis par les entreprises incitent à une relation stable et durable, qui nécessite l'assistance d'une tierce partie dans la résolution des conflits et l'évaluation de l'exécution des relations contractuelles. Le contrat est alors un espace de liberté surveillée par le régulateur, dès l'instant que l'équilibre spontané d'une égale puissance entre contractants fait défaut. Cette situation se caractérise par une pluralité de relations où les actions des acteurs sont interdépendantes.

Au regard de l'entreprise de service public, il convient de caractériser les chaînes relationnelles de la régulation dans le cas d'une gestion publique et dans le cas d'une gestion privée.

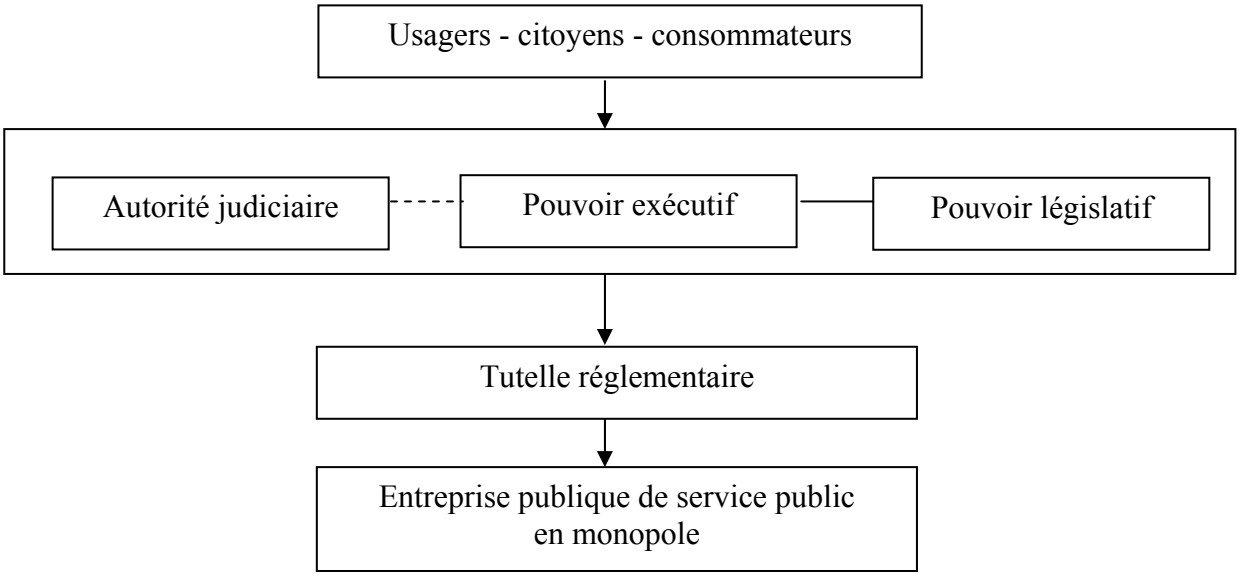
1.2.1. Le cas d'une gestion publique de l'entreprise de service public

La chaîne relationnelle de la régulation dans le cas d'une gestion publique de l'entreprise de service public s'articule de la manière décrite par le schéma n°8 ci-après. A l'extrême amont, les citoyens consommateurs désirent bénéficier de services de bonne qualité à des prix abordables. Pour atteindre cet objectif, leurs moyens d'action sont cependant limités. D'abord, il leur est coûteux d'acquérir une information fiable sur l'efficacité réelle du secteur public. Ensuite, leur vote est influencé par bien d'autres facteurs que les performances des service public. Ainsi, l'incitation qu'ils exercent sur les élus dans ce domaine est-elle relativement faible, le bénéfice électoral escompté par ces derniers demeurant incertain. La tutelle réglementaire a théoriquement pour rôle de relayer le pouvoir politique dans la recherche de l'intérêt collectif, et d'exercer à cet

effet un contrôle efficace du marché. Cependant, cette tutelle a aussi pour vocation naturelle d'accroître son influence et ses moyens budgétaires, ce qui engendre un coût spécifique et ne constitue pas une garantie d'efficacité. A ce phénomène, s'ajoute un certain degré d'inefficacité propre aux procédures bureaucratiques (CURIEN et DUPUIS [1996] p. 49).

La linéarité de la chaîne de régulation peut à première vue apparaître quelque peu simplifiée, voire simplificatrice. Toutefois, elle ne saurait minimiser dans la réalité les coûts de transaction et la complexité des relations entre les différents niveaux institutionnels, confrontés à l'opportunisme et à l'incertitude.

Schéma n°8 : La chaîne de régulation d'une entreprise publique de service public



La chaîne d'acteurs est gouvernée par une cascade de relations. A chaque maillon de la chaîne, un acteur maîtrise la règle du jeu, sans détenir toute l'information utile, tandis qu'un autre acteur se plie à la règle, tout en contrôlant la marge d'incertitude que lui confère son avantage en termes d'information. Ainsi, en est-il de l'usager – citoyen - consommateur vis-à-vis du pouvoir politique, du pouvoir politique vis-à-vis du réglementeur, du réglementeur vis-à-vis des dirigeants de l'entreprise.

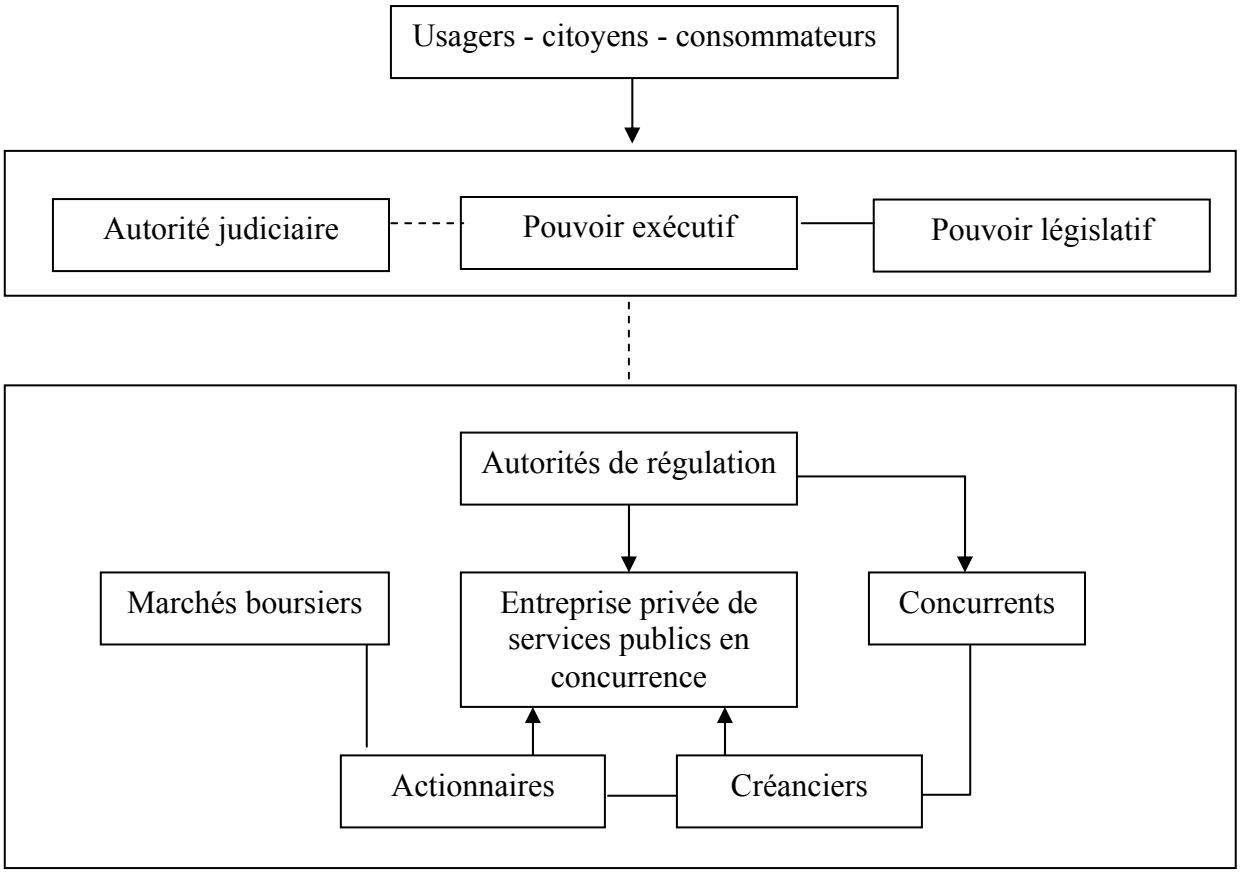
Les imperfections de la chaîne de régulation sont dues aux asymétries d'information. En effet, la séparation des différents rôles économiques (propriété de l'entreprise publique, décisions productives et contrôle) permet en principe à chacun de poursuivre des objectifs clairement définis. Mais, dans le même temps, ces mécanismes de délégation successifs créent des asymétries d'information entre tous les niveaux de la chaîne de régulation, et ouvrent la voie aux phénomènes de capture. Ce mécanisme de délégation et de séparation est remis en cause par les imperfections qui l'accompagnent (PERROT [2003] p. 54). Chaque acteur est en mesure de poursuivre un objectif qui s'écarte sensiblement de l'objectif fixé, et se trouve dans l'incapacité partielle d'inciter un autre acteur placé sous son contrôle à se comporter d'une manière efficace.

Envisagés sous cet angle les défauts de la chaîne se résument en quatre points correspondant aux différents degrés de relations qu'elle comporte : la substitution d'objectifs politiques aux objectifs sociaux ; la tendance du politique à agir directement sur le secteur public de l'économie, au lieu de recourir aux incitations *via* les organismes de réglementation ; les défaillances de la bureaucratie réglementaire, dont l'extension ne coïncide pas toujours avec l'intérêt collectif ; enfin, le degré de discrétion laissé aux dirigeants d'entreprises publiques, insuffisamment incités à diminuer le coût de fourniture des services offerts.

1.2.2. Le cas d'une gestion privée de l'entreprise de service public

Dans le cas d'une gestion privée de l'entreprise de service public, la chaîne de régulation, représentée au schéma n°9 ci-après, s'enrichit de trois nouveaux acteurs. Il en résulte des relations à multiples étages. Il s'agit des actionnaires de l'entreprise de service public, des actionnaires des autres entreprises, agissant à travers le marché boursier, et des créanciers auprès desquels les entreprises contractent une dette à long terme. Dans les trois cas, on retrouve les caractéristiques et les imperfections décrites précédemment.

Schéma n°9 : La chaîne de régulation d'une entreprise privée de service public



Dans cette configuration, les services publics considérés comme ayant une incidence sur l'intérêt public se trouvent dans des mains privées, mais sont soumis aux règles développées et appliquées par des autorités ou des commissions spécialisées (MAJONE [1998] pp. 356-357). Ces dernières, contrairement au système bureaucratique ordinaire, ne sont pas directement redevables vis-à-vis des citoyens ou du pouvoir politique, car situées en-dehors de la chaîne démocratique (GILARDI [2001] p. 5). La présence de ces autorités présente l'avantage de réduire le risque de collusion d'intérêts. En revanche, dans la gestion privée, comme dans la gestion publique, demeure le risque de capture de l'autorité de régulation par le pouvoir politique.

Les différents acteurs essaient d'influencer simultanément les actions du décideur politique le plus proche. La régulation de l'industrie donne lieu à des jeux politiques à chaque maillon de la chaîne, non seulement au niveau du processus législatif, mais également au niveau de la formation et du travail de l'organe de régulation (LAFFONT et TIROLE [1993] ; TIROLE [1994] ; DIXIT [1996] p. 9). En effet, l'organe de

régulation est en interaction avec de multiples acteurs qui essaient d'influencer ses actions dans différentes directions. Il n'existe pas de chaîne d'influence simple, pas plus au niveau national qu'au niveau international. Les institutions de régulation influencent leurs commanditaires politiques et les intérêts qu'elles régulent autant qu'elles sont influencées par eux (MAJONE [1996] p. 49). Ce qui prévient les institutions de régulation de s'écarter de leur mandat réside dans le transfert des droits de propriété politique, i.e. des droits d'exercer une autorité publique dans un domaine bien circonscrit.

Conclusion de la première section

La théorie des coûts de transaction permet d'emprunter l'image du contrat pour étudier les relations de long terme entre le régulateur et les autres parties. Cette référence au contrat est commode pour comprendre la complexité et l'enchaînement des relations entre acteurs privés et publics, et mettre en exergue le rôle des coûts de transaction dans la répartition et le transfert des droits de propriété réglementaire.

SECTION 2. L'ANALYSE NÉO-INSTITUTIONNELLE DE LA GOUVERNANCE RÉGLEMENTAIRE

Selon la théorie des coûts de transaction, il existe des raisons économiques rationnelles d'organiser les transactions de certaines manières. Les institutions sont toujours des moyens et jamais des fins (WILLIAMSON [1994] p. 370). Le choix entre différents modes de gouvernance implique des arbitrages. Chacune des structures de gouvernance réalisables correspond à un mode différent d'allocation des ressources et des droits de propriété.

La nouvelle économie institutionnelle est guidée par une analyse comparative des arrangements organisationnels (COASE [1937][115] ; COASE [1964]). Pour comprendre leur fonctionnement en pratique, plusieurs outils, axés sur les concepts de coûts et d'attributs des transactions, servent à comparer l'efficacité des arrangements organisationnels.

Cependant, alors que l'économie néo-institutionnelle s'intéresse principalement aux coûts de transaction dans le contexte de la firme, nous défendons l'idée que les coûts de coordination réglementaire sont des coûts de transaction particuliers (section 2.1.), intervenant dans l'échange des droits de propriété politique et l'internalisation des externalités dans la fonction du pouvoir réglementaire (section 2.2.). Quels sont les attributs de la coordination réglementaire (section 2.3.) ? Quelles sont les caractéristiques contractuelles des dispositifs de coordination réglementaire (section 2.4.) ? Telles sont les questions auxquelles nous tentons de répondre à présent.

2.1. La définition des coûts de coordination réglementaire

Comment définir les coûts de coordination réglementaire au regard de la théorie des coûts de transaction ? Nous défendons l'idée que les concepts de la théorie des coûts de transaction sont pertinents pour étudier la gouvernance réglementaire. Les coûts de

[115] Coase [1937] pose explicitement le problème de l'organisation économique en termes de comparaison institutionnelle. Les firmes et les marchés sont considérés comme des organisations économiques alternatives. Organiser les transactions à l'intérieur d'une firme par la hiérarchie ou entre des firmes autonomes par l'intermédiaire d'un marché est une variable décisionnelle. Le choix du mode de gouvernance dépend des coûts de transaction attachés à chacun d'eux.

coordination réglementaire sont une catégorie particulière de coûts de transaction, propres au contexte politique de la régulation.

2.1.1. Une définition dérivée de la politique des coûts de transaction

La théorie des coûts de transaction propose d'expliquer la diversité des formes organisationnelles à partir de la diversité des transactions, celles-ci étant considérées comme l'unité d'analyse de la théorie (COMMONS [1934])[116]. Les transactions sont susceptibles de pouvoir prendre place, dans, ou entre, diverses organisations, telles les associations, les entreprises ou les administrations. En raison de la rationalité limitée des agents (SIMON [1947]), et de leur tendance à l'opportunisme, les transactions, c'est-à-dire leurs relations d'échange, génèrent des coûts pour planifier, adapter et contrôler les échanges (COASE [1937]).

En adoptant une vision contractuelle de l'organisation économique (WILLIAMSON [1985]), les coûts de transaction correspondent aux coûts de contractualisation des échanges, c'est-à-dire aux coûts de rédaction et de négociation des contrats comme la recherche d'information préalable au contrat et les mécanismes de surveillance des engagements pris. Oliver Williamson définit en particulier les coûts de transaction comme les coûts comparés entre plusieurs alternatives organisationnelles : « comparative costs of planning, adapting, and monitoring task completion under alternative governance structures » (WILLIAMSON [1989] p. 142). Quant à Douglas North, il en donne une définition fondée sur les droits de propriété : « costs of measuring the valuable attributes of what is being exchanged and the costs of protecting rights and policing and enforcing agreements » (NORTH [1990] p. 127).

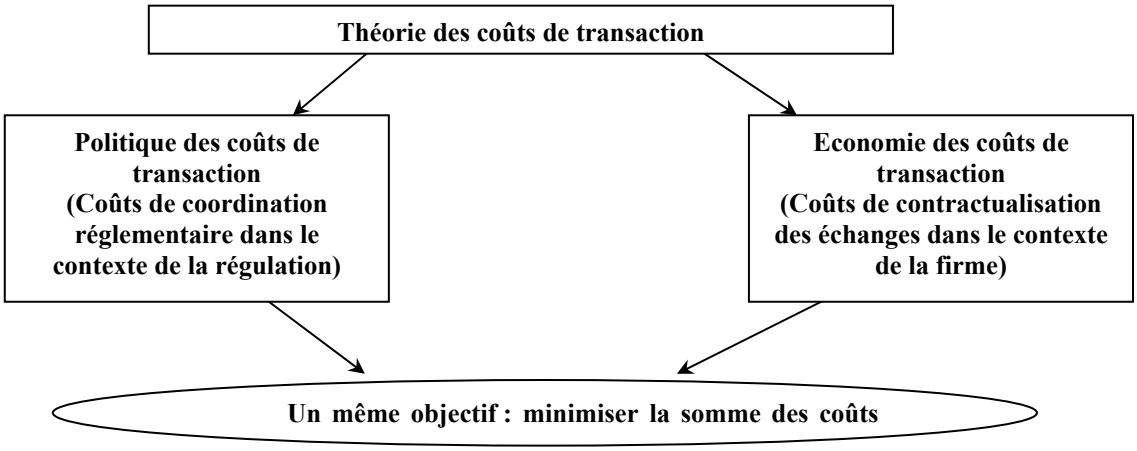
Ces deux perspectives des coûts de transaction permettent de distinguer à la figure n°4 ci-après ce qu'on appelle communément la politique des coûts de transaction ("transaction-cost politics") par analogie avec la dénomination de Williamson, l'économie des coûts de transaction ("transaction-cost economics"). La politique des coûts de transaction s'intéresse aux coûts de coordination réglementaire dans le contexte

[116] "The ultimate unit of activity must contain in itself the three principles of conflict, mutuality, and order. This unit is a transaction. Not only does transaction cost economics subscribe to the idea that the transaction is the basic unit of analysis, but governance is an effort to craft order, thereby to mitigate conflict and realize mutual gains" (COMMONS [1934] p. 4).

politique de la régulation, alors que l'économie des coûts de transaction étudie les coûts de contractualisation des échanges dans le contexte de la firme.

L'un des points communs aux deux approches réside dans la poursuite du même objectif, à savoir minimiser la somme des coûts de gouvernance.

Figure n°4 : La politique et l'économie des coûts de gouvernance



La politique des coûts de transaction nous semble particulièrement pertinente pour l'objet de notre recherche portant sur l'échange des droits de propriété réglementaire relatifs à l'exercice de l'autorité publique en matière de régulation.

Ces droits de propriété réglementaire peuvent être considérés comme des droits de propriété politique, utilisés comme moyen de faire des choix au sujet des politiques de régulation et des structures de gouvernance réglementaire (MOE [1990] p. 227 ; [1995] p. 124).

Cette perspective nous conduit à considérer l'importance du contexte politique pour l'échange des droits de propriété réglementaire.

2.1.2. L'échange de droits de propriété politique

Moe [1984] et North [1990] préconisent d'étudier les processus politiques selon l'approche des coûts de transaction. Les processus politiques ne peuvent pas utiliser autant de contrats incitatifs que l'économie, ce qui en fait le « royaume » des coûts de transaction (NORTH [1990] ; SPILLER [2003]).

Comme les coûts de transaction existent, dans de nombreux cas avec une intensité plus forte, dans les processus politiques qui caractérisent la régulation (DIXIT [1996]), les problèmes associés à la régulation résident davantage dans l'acte de réguler lui-même que dans ce qui est régulé. En raison du manque d'information sur l'application effective des contrats de régulation, il est difficile de vérifier si ces contrats sont respectés ou non pour au moins trois raisons. D'abord, dans une décision publique en matière de régulation, les éléments techniques, économiques et politiques sont étroitement imbriqués. C'est pourquoi, il est rare de pouvoir expliciter entièrement les raisons d'une décision administrative, et par conséquent de pouvoir procéder à une vérification objective.

Ensuite, les problèmes de mesure sont tout à fait réels dans de nombreux domaines concernés par la régulation. Etant donné que les autorités de régulation ne disposent pas de l'information détenue par les entreprises concernées, et que les gouvernements hésitent, pour des raisons politiques, à imposer des coûts excessifs à l'industrie, la négociation est une caractéristique essentielle du processus d'application des décisions de régulation.

Enfin, le processus de régulation n'est pas simplement une situation où les autorités de régulation donnent des ordres et où les entreprises concernées obéissent. Un « marché » se crée autour des obligations précises de ces dernières. Une fois une autorité administrative créée, ses membres sont désormais des acteurs politiques à part entière. Ils ont des intérêts de carrière et des intérêts institutionnels qui peuvent n'être pas entièrement conformes à leur mission officielle, et ils disposent de ressources puissantes (la compétence et la délégation d'autorité) qu'ils risquent d'employer à des fins égoïstes. Ce sont des joueurs dont les intérêts et les ressources modifient le jeu politique.

Du fait d'une compétition imparfaite entre les divers niveaux de gouvernance, les présomptions d'efficience sont plus faibles. Les structures affectant les résultats réglementaires incluent la distribution des droits entre les différents niveaux de gouvernance, les objectifs assignés aux régulateurs, et les procédures de décision réglementaire. Le choix de la stratégie organisationnelle n'est alors pas neutre politiquement, puisque la solution transactionnelle est, par définition, une solution décentralisée.

La régulation consiste à transférer un pouvoir ou une autorité réglementaire entre entités institutionnellement séparables. L'idée de « pouvoir ou d'autorité » substituée ici dans la définition canonique de la transaction (Cf. WILLIAMSON [1985] p. 1) permet de transposer le concept de transaction dans un contexte où c'est l'échange des droits de propriété politique qui prévaut dans l'allocation de l'autorité réglementaire (DIXIT [1996]).

2.2. Les coûts de l'échange des droits de propriété réglementaire

La conception de la chaîne de régulation comme une cascade de relations fournit un cadre d'analyse utile, mais insuffisant. En effet, on se focalise sur les conséquences de la délégation des pouvoirs de contrôle plutôt que sur les causes. Or les coûts de transaction et l'incertitude jouent un rôle important lorsque les décideurs politiques conçoivent des institutions réglementaires (GILARDI [2001] p. 27).

Une approche qui ne serait fondée que sur les relations entre agents traiterait le problème de manière trop étroite et statique. Elle ne tiendrait pas compte des mécanismes d'allocation des droits de propriété réglementaire, i.e. les droits de contrôler et de garantir aux nouveaux opérateurs l'accès au réseau, d'organiser cet accès par voie réglementaire, de régler les litiges entre opérateurs, et de sanctionner les opérateurs ayant enfreint les règles d'accès[117].

[117] Pour mettre en application la concurrence dans des industries de réseau, la plupart des droits de propriété traditionnels des opérateurs de réseau (qui ont bénéficié de droits exclusifs sur les utilisations du réseau parce qu'ils étaient les propriétaires de l'infrastructure) ont été séparées et réappropriées par diverses entités. Par exemple, dans les réseaux de communications électroniques, le propriétaire de l'infrastructure a une capacité limitée de l'employer selon ses propres préférences (BROUSSEAU [2001] p. 12).

Nous soulignons ici la relation étroite entre les droits de propriété réglementaire et les externalités. Une fonction de base des droits de propriété est de guider les incitations pour atteindre une internalisation plus efficace des externalités, qui permet de supporter ces effets par toutes les parties prenantes (DEMSETZ [1967] pp. 347-348). La structure des droits de propriété réglementaire gouverne la structure de contrôle mutuel, et donc les flux d'information nécessaires à ce contrôle. La question est de savoir qui aura quel pouvoir pour créer quelles externalités et ainsi engendrer quels ajustements de la réglementation.

2.2.1. L'attribution des droits de propriété réglementaire

Se pose tout d'abord le problème de l'attribution des droits de propriété réglementaire et, plus généralement, la surveillance des pouvoirs entre les différents niveaux de gouvernance en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre de la réglementation. Les systèmes de gouvernance à plusieurs niveaux sont confrontés à un dilemme, étant donné que chaque niveau rencontre des problèmes qui limitent son efficacité et sa compétence. Considérons deux modes de gouvernance de la régulation : la centralisation d'une part, et la décentralisation d'autre part.

La centralisation de la régulation et/ou de la surveillance administrative comme un système politique unifié présente l'avantage de coûts de transaction moindres, puisque des accords ne doivent pas être négociés et mis en application parmi un grand nombre de parties. La centralisation de la régulation peut corriger les externalités transnationales, et aussi réaliser des économies d'échelle en matière de prise de décision. Cependant, elle comporte le risque pour l'autorité centrale d'imposer un modèle unique, au prix de l'homogénéisation des décisions entre des juridictions qui peuvent être différentes du point de vue des goûts ou des besoins sous-jacents.

L'autre cas polaire, la décentralisation, a l'avantage de permettre l'introduction de la diversité, donc de la comparaison et, finalement, de quelques formes d'étalonnage (LAFFONT et TIROLE [2000] p. 274). De ce fait, elle favorise les mécanismes réglementaires au plus près des marchés et plus au fait des goûts individuels. La décentralisation peut donner des pouvoirs de contrôle aux autorités plus impliquées dans

leur tâche[118]. En outre, la décentralisation de l'information est susceptible de prévenir les comportements d'ingérence des entreprises dans l'action des régulateurs (SHAPIRO et WILLIG [1996]). Cependant, la décentralisation implique des coûts plus élevés de transaction (par exemple les opérateurs doivent élaborer différents contrats, et les autorités doivent considérer aussi les contrats non standard). De surcroît, il existe des risques de conflit parmi les différents niveaux de gouvernance, et la multiplication des sources potentielles des interférences politiques (MENARD [2006] pp. 11-12).

L'analyse des modes polaires de gouvernance de la régulation montre que l'attribution des droits de propriété réglementaire dépend des externalités d'un niveau de gouvernance par rapport à un autre. Cela implique de s'interroger sur la relation étroite entre l'internalisation des externalités et le changement dans les droits de propriété réglementaire.

2.2.2. L'internalisation des externalités dans la fonction du pouvoir réglementaire

Les externalités sont fonction du pouvoir réglementaire. Changer la structure du pouvoir réglementaire signifie non seulement changer la capacité à générer des externalités, mais aussi que le fait même de changer la structure du pouvoir réglementaire crée des externalités.

La condition *sine qua non* pour générer des externalités réside dans la structure du pouvoir réglementaire. L'existence et les caractéristiques des externalités dépendent de la structure du pouvoir réglementaire qui détermine les opportunités et les conditions de la coercition mutuelle. Le pouvoir réglementaire est la capacité avec laquelle on exerce un choix. Les externalités sont générées par l'exercice d'un pouvoir relatif. La signification économique d'une externalité est ainsi spécifique au pouvoir avec lequel elle est générée. Puisque tous les choix impliquent des coûts d'opportunités, la structure du pouvoir réglementaire, en déterminant les coûts supportés, génère des externalités.

[118] Cet argument se rapproche de ceux que SMITH [1776] évoquait pour défendre sa thèse en faveur de la décentralisation, et selon lesquels les travaux publics de nature locale devraient être financés par des revenus locaux notamment parce que les abus pouvant survenir dans la gestion des finances locales, bien que substantiels, sont insignifiants au regard de ceux concernant les finances générales. De même, la vie politique locale produit une quantité importante d'informations plus facilement exploitée dans un processus de décentralisation (CAILLAUD, JULLIEN et PICARD [1996] ; LAFFONT et ZANTMAN [1998]).

Puisque l'existence d'une externalité est une fonction de la structure du pouvoir réglementaire, un changement dans la structure de pouvoir tendra à changer les caractéristiques des externalités jusqu'à les faire disparaître. L'internalisation implique une modification de la prise de décision via une restructuration du pouvoir. La structure de pouvoir non seulement détermine quelles externalités surviennent, mais aussi quelles solutions sont mises en œuvre, et quelles nouvelles externalités sont générées, i.e. quelle nouvelle distribution des coûts et des gains, quelle nouvelle répartition entre les gagnants et les perdants. La structure du pouvoir réglementaire détermine par conséquent la capacité des acteurs à s'organiser pour trouver des solutions. Puisque les externalités sont une fonction de la structure de pouvoir, et puisque la structure du pouvoir est en partie gouvernée par la structure des droits, l'existence et la forme des externalités est partiellement fonction de la forme des droits.

Les externalités sont non seulement une fonction du pouvoir en elle-même, mais aussi des changements dans la structure du pouvoir. Non seulement le changement dans la structure du pouvoir signifie un changement dans la capacité relative à générer des externalités, mais le changement dans la structure du pouvoir génère une externalité en elle-même. Le changement dans les droits de propriété réglementaire génère des externalités sous la forme de gains et de pertes de pouvoir. Le problème est un problème de continuité – stabilité opposée au changement – flexibilité. Les bénéficiaires des institutions ou des arrangements existants ont un intérêt dans la distribution des coûts et des bénéfices générés par les institutions existantes. Les conflits d'intérêts sont générés par le changement (élimination ou création) de ces institutions.

Nous déduisons de ce raisonnement fondé sur l'internalisation des externalités dans la fonction du pouvoir réglementaire que la structure du pouvoir réglementaire est gouvernée par la structure des droits réglementaires, et que l'existence et la forme des externalités sont fonction de la forme des droits réglementaires.

2.3. Les attributs de la coordination réglementaire

Les dispositifs de coordination réglementaire diffèrent selon leurs attributs, i.e. l'incertitude sur les conditions qui prévaudront pendant l'exécution du contrat réglementaire d'une part, et la temporalité des relations entre les parties d'autre part. Ces attributs interviennent dans le choix des structures de gouvernance réglementaire, et

nous seront donc utiles pour déterminer la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques du dispositif européen de régulation des marchés de communications électroniques (Cf. Chapitre 7).

2.3.1. L'incertitude quant aux termes du contrat réglementaire

Dans un environnement incertain, un dispositif de coordination réglementaire nécessite le recours à un arrangement contractuel flexible. Face à l'incertitude, les agents ne peuvent pas anticiper toutes les contingences futures. Le contrat de régulation est alors incomplet. Il se caractérise par un risque de comportement opportuniste (pouvoir discrétionnaire important). Il est coûteux à rédiger et à mettre en œuvre pour les deux principales raisons suivantes.

D'une part, ces contrats engendrent des coûts de coordination *ex ante* liés à l'élaboration des lois et des décrets, et à l'étude des contingences futures. Les contingences ont besoin d'être clairement spécifiées dans le contrat de régulation. En effet, les coûts de transaction futurs sont plus importants lorsque les contingences sont plus difficiles à prévoir et à formuler de manière claire.

D'autre part, ces contrats occasionnent des coûts de coordination *ex post* liés au fonctionnement de l'administration en charge de contrôler leur application et à la renégociation du contenu de la réglementation. En effet, l'évolution des préférences des consommateurs et du progrès technique n'est pas écrite à l'avance. Le régulateur, lorsqu'il prend une décision, ne peut pas prévoir toutes les éventualités, et des renégociations périodiques sont nécessaires pour adapter le contenu de la régulation (LEVEQUE [1998] p. 16). Les contrats doivent par conséquent s'ajuster *ex post* à la survenance d'événements imprévus[119].

L'adaptation aux changements peut se traduire par la renégociation des termes du contrat réglementaire. Mais, en raison de la tendance à l'opportunisme des agents, la renégociation peut être synonyme d'une augmentation des coûts de transaction. C'est

[119] Quand l'incertitude porte sur des perturbations exogènes aux décisions des contractants, elle correspond à des « *risques statistiques* » (WILLIAMSON [1989] p. 144), et est qualifiée d'*incertitude environnementale* (WILLIAMSON [1975] p. 24). Quand elle provient de l'opportunisme des acteurs et de l'impossibilité d'anticiper les comportements stratégiques qui en résultent, cette forme d'incertitude est dite *comportementale ou stratégique* (WILLIAMSON [1985]). Si l'incertitude environnementale est inhérente à toute relation, l'incertitude comportementale se développe à mesure que les risques d'opportunisme s'accroissent (WILLIAMSON [1989]).

pour éviter la renégociation des termes du contrat réglementaire et pour faire face à l'incertitude des droits de propriété politique que les gouvernements abandonnent volontairement une partie de leurs compétences en faveur d'autorités de régulation qu'ils ne peuvent contrôlées qu'indirectement ou partiellement (GILARDI [2001]). Par exemple, il a été montré que la structure en comités du Congrès des Etats-Unis d'Amérique est née de l'incertitude sur la capacité d'expertise des membres du Congrès (BARON [2000]). Comme l'information est un bien public, les politiciens n'auraient pas d'incitation à investir de leur temps sans compensation. La structure en comités fournit cette compensation dans la mesure où il est conféré aux membres du Congrès des droits de propriété politique sur des domaines politiques particuliers en échange de leurs connaissances sur ces domaines (GILARDI [2001] p. 14).

2.3.2. La spécificité temporelle des dispositifs de coordination réglementaire

Dans la littérature, il est généralement peu tenu compte de la temporalité des dispositifs de coordination réglementaire et de l'interdépendance des acteurs dans leurs transactions (QUELIN et RICCARDI [2004] p. 74). Cette interdépendance permet de lutter contre l'opportunisme et le pouvoir discrétionnaire de certains acteurs, mais en contrepartie de processus de décision et de contrôle plus longs. Il convient de rappeler ici ce que recouvre le concept de spécificité temporelle, avant de nous intéresser à ses implications pour les dispositifs de coordination réglementaire.

La spécificité temporelle ('*temporal specificity*') désigne une situation pour laquelle il est difficile de remplacer en un temps raisonnable un partenaire qui fait défaut ou pour laquelle il existe une contrainte de temps très forte pour la réalisation d'une transaction (CROCKER et MASTEN [1996] p. 8 ; p. 27 ; BICKENBACH, KUMKAR, et SOLTWEDEL [1999] p. 3). Dans ces situations de fait ou de droit, qui placent une partie en état de dépendance par rapport à une autre – il advient une forme de monopole temporel. Le monopole temporel résulte de ce que, les prestations prévues au contrat n'ayant pas lieu au même moment, l'une des parties est, dans une certaine mesure, à la merci de l'autre qui doit encore s'exécuter (MACKAAY [2004] pp. 12-13).

Au regard des dispositifs de coordination réglementaire, la spécificité temporelle se manifeste à travers le timing de régulation des marchés, la durée et l'étendue du contrôle des différents organismes réglementaires, et le design des canaux de

communication au sein de la hiérarchie réglementaire (ESTACHE et MARTIMORT [1998] p. 2).

Attendre l'issue d'une procédure réglementaire est source d'angoisse et d'agressivité, tant les acteurs économiques placés dans une situation de conflit ont besoin de savoir pour prévoir et d'anticiper pour s'adapter. L'incertitude résultant de cette attente a des conséquences négatives sur les opérateurs économiques, d'autant plus importantes qu'elle se perpétue. C'est pourquoi la prévisibilité dans le temps et la rapidité des décisions de la régulation sont des exigences fortes. Plus particulièrement, les délais injustifiés qui précèdent une décision sont des éléments de dévalorisation de la décision elle-même comme de la juridiction qui la prononce. Si la décision est exagérément différée dans le temps, l'Etat régulateur perd son autorité. Dans le cas d'une décision de sanction, c'est l'exemplarité qui est atteinte, donc une des qualités essentielles de l'action répressive. Enfin, le retard ou le décalage est cause d'amoindrissement de la pertinence de la décision. Espérée comme nécessaire dans un certain contexte, une décision peut être ressentie comme néfaste, inexplicable, décalée si, par écoulement du temps, elle intervient dans un environnement modifié. Elle devient alors inappropriée, voire injustifiée. Sa légitimité disparaît.

La spécificité temporelle des relations entre les acteurs de la régulation est ainsi un des critères de mesure de l'efficacité et de la pertinence des dispositifs de coordination réglementaire.

2.4. Les caractéristiques contractuelles des dispositifs de coordination réglementaire

La théorie des coûts de transaction distingue trois types de contrats : le contrat classique, le contrat néo-classique et le contrat de subordination. Le modèle heuristique de Williamson [1985] établit une correspondance entre les propriétés de ces contrats et les structures de gouvernance qui leur sont respectivement associées : la gouvernance de marché, la gouvernance dite hybride, et la gouvernance hiérarchique (WILLIAMSON [1991a])[120].

[120] "Each generic mode of governance is supported by a distinctive form of contract law. In that event, the pertinent law of contract needs to be addressed" (WILLIAMSON [1998] p. 37).

L'arbitrage entre les structures de gouvernance est dérivé de l'analyse des attributs des transactions qui déterminent le choix entre une adaptation de type autonome ou coordonnée : "not only do transactions have differing 'needs' for adaptations of these two kinds, but governance structures have differing capacities to supply autonomous and cooperative adaptation" (WILLIAMSON [2000] pp. 19-20). Les gains d'efficacité sont alors obtenus en choisissant la structure de gouvernance la plus efficace pour piloter la transaction.

En référence à ce modèle, nous étudions la manière dont la structure de gouvernance réglementaire agit comme un mécanisme de compétition ou de coopération pour la définition et l'échange des droits de propriété politique. La structure de gouvernance réglementaire permet de résoudre les conflits d'intérêt en précisant les droits et les obligations des parties (WILLIAMSON [1975]). En cela, la régulation apparaît comme une structure de gouvernance hybride dont les attributs empruntent à la fois au marché et à la hiérarchie (WILLIAMSON [1991] p. 280).

Cette sous-section a pour résultat l'inventaire des attributs des structures de gouvernance et la mesure des propriétés des différents arrangements contractuels, que nous appliquerons aux structures de gouvernance réglementaires réalisables pour piloter le processus de l'analyse des marchés (Cf. Chapitre 6).

2.4.1. Le contrat classique et la structure de gouvernance de marché

Le contrat classique est associé à la structure de gouvernance de marché. Il permet de coordonner, par l'intermédiaire du mécanisme des prix, des transactions substituables et réversibles, car elles n'impliquent pas d'actifs spécifiques. En effet, puisque les transactions portent sur des actifs redéployables, l'identité des parties importe peu. Le marché suffit à sanctionner les comportements, car les contractants peuvent aisément être remplacés. Le contrat classique est un contrat de court terme dans lequel les parties sont autonomes et peuvent spécifier de manière exhaustive et précise les contingences futures. En cas d'aléa, elles s'en remettent directement aux tribunaux et aux règles juridiques existantes. Le tableau n°8 ci-après reprend les caractéristiques du contrat classique et les attributs de la structure de gouvernance de marché.

Tableau n°8 : Les caractéristiques du contrat classique et de la gouvernance de marché

Propriétés		Arrangement contractuel correspondant	Structure de gouvernance associée	Attributs	
Degré d'incomplétude	Faible	Contrat classique	Marché	**Horizon temporel**	Court-terme
Intensité incitative	Forte			**Préférences et choix des partenaires**	Indépendants
Degré de contrôle administratif	Faible			**Moyen de coordination**	Prix
Capacité d'adaptation autonome[121]	Forte			**Nature des relations**	Précision, suspicion, contrôle
Capacité d'adaptation coordonnée	Faible			**Méthode de résolution des conflits**	Marchandage, procès
				Démarche stratégique	« Allez où vous voulez »
				Mode d'organisation	« Faites ce que vous voulez »
				Mode opératoire	« Faites comme vous voulez »
				Ressources	« Placez l'information où vous voulez »

Dans le cas d'échanges idiosyncrasiques, le recours aux contrats classiques s'avère inapproprié et particulièrement coûteux. La relation de dépendance bilatérale qui s'instaure oblige en effet les parties à veiller à la continuité de leurs transactions. L'usage de mécanismes de coordination et de contrôle plus puissants que ceux du marché sont alors nécessaires. C'est pourquoi, les parties ont recours à un contrat néo-classique pour adapter leur relation aux circonstances changeantes.

2.4.2. Le contrat néo-classique et la structure de gouvernance de réseau

Le contrat néo-classique est associé à la structure de gouvernance de réseau. Il est incomplet et souple pour permettre les adaptations nécessaires, et réduire les coûts de

[121] "Transaction cost economics concurs [...] that adaptation is the central problem of economic organization" (WILLIAMSON [1998] p. 32). L'adaptation autonome se réfère à la capacité des acteurs économiques à s'ajuster spontanément et de manière autonome aux opportunités du marché signalées par l'évolution des prix relatifs. A l'inverse, l'adaptation coordonnée suppose l'intentionnalité des acteurs économiques qui sont enserrés dans une relation de subordination.

contractualisation. Mais, le contrat néo-classique est suffisamment crédible, car doté de clauses de sauvegarde adéquates, pour protéger la valeur des droits de propriété politique et minimiser les risques d'opportunisme. D'une part, il permet aux contractants de conserver leur autonomie de décision et de préserver ainsi leurs incitations à l'effort. D'autre part, il leur garantit le suivi et le respect des engagements sans pour autant leur faire subir les coûts d'une contractualisation complète. Ce contrat définit le cadre de renégociation des arrangements en cas de perturbations, plus qu'il ne détaille les contingences possibles et les modifications contractuelles.

La structure de gouvernance de réseau est une forme d'interaction entre entités juridiquement autonomes, mais qui mettent en commun une partie des ressources et des compétences nécessaires à tous pour atteindre des objectifs communs, arrangements visant à conserver les avantages incitatifs du marché tout en mettant en place des dispositifs de réduction des comportements opportunistes (WILLIAMSON [1991]). Cette forme de gouvernance occupe une position intermédiaire entre le marché et la hiérarchie.

Un réseau de politique réglementaire, en particulier, réunit l'ensemble des acteurs participant à la formulation et à la mise en œuvre de la régulation d'un secteur déterminé. Il se caractérise par des interactions à caractère essentiellement informel entre des acteurs publics et privés qui ont des intérêts distincts mais complémentaires, et qui coordonnent leurs efforts pour résoudre les problèmes de l'action collective sur un mode non strictement hiérarchique (BÖRZEL [1997]). Les relations sont fondées sur la confiance et le consensus entre des partenaires pour lesquels l'information est le principal instrument de pouvoir.

Le réseau peut assurer des fonctions de contrôle et d'application (par la pression des pairs et à l'aide d'indicateurs prédéfinis, convenus entre tous) aussi bien que de soutien et d'assistance (par le soutien des pairs et les échanges de personnel), par des mécanismes qui ne demandent ni lois, ni structures formelles, ni financement important. Ils contribuent en outre à faire prendre conscience des forces et des contraintes mutuelles existant dans une structure multilatérale, entre membres égaux. Enfin, en faisant ressortir les solutions ou les approches individuelles adoptées par tel ou tel membre, le réseau donne aux nouveaux membres l'assurance que des solutions distinctes peuvent coexister, et leur présente un éventail d'options parmi lesquelles ils pourront choisir la mieux adaptée à leurs besoins et à leurs contraintes.

Les caractéristiques du contrat néo-classique et les attributs de la structure de gouvernance de réseau sont repris au tableau n°9 ci-après.

Tableau n°9 : Les caractéristiques du contrat néo-classique et de la gouvernance de réseau

Propriétés		**Arrangement contractuel correspondant**	**Structure de gouvernance associée**	**Attributs**	
Degré d'incomplétude	Moyen	Contrat néo-classique	Réseau	**Horizon temporel**	Moyen-terme
Intensité incitative	Moyenne			**Préférences et choix des partenaires**	Interdépendants
Degré de contrôle administratif	Moyen			**Moyen de coordination**	Relations interpersonnelles
Capacité d'adaptation autonome	Moyenne			**Nature des relations**	Ouverture, bénéfices mutuels, confiance
Capacité d'adaptation coordonnée	Moyenne			**Méthode de résolution des conflits**	Réciprocité, réputation
				Démarche stratégique	Alignement des aspirations et des choix
				Mode d'organisation	Frontières perméables
				Mode opératoire	Règles minimales essentielles
				Ressources	Architecture flexible

Toutefois, lorsque l'incertitude entourant les transactions s'amplifie, les risques d'opportunisme sont trop importants et nuisibles à la relation pour que celle-ci soit encadrée par un contrat néo-classique préservant l'autonomie des parties. Il faut alors recourir à un système de contrôle et d'incitation hiérarchique qui passe par l'organisation en interne des transactions.

2.4.3. Le contrat de subordination et la structure de gouvernance hiérarchique

Dans le cadre d'une structure de gouvernance hiérarchique, les parties se coordonnent par l'intermédiaire d'un contrat de subordination. Celui-ci est plus flexible

et adaptable que le contrat néo-classique parce qu'il est complété par le mécanisme de coordination et de contrôle propre à la hiérarchie, le commandement.

Lorsque des perturbations surviennent et que des adaptations sont nécessaires, la hiérarchie intervient pour les réaliser. Elle assure également la résolution des conflits internes, sans passer par un intervenant extérieur. De fait, la relation de subordination qui lie les agents au sein de l'organisation favorise l'adaptation coordonnée et le contrôle de leurs actions dans un environnement incertain. Mais, en réduisant leur degré d'autonomie, elle affecte l'intensité de leurs incitations à l'effort et accroît les coûts bureaucratiques. Dans la structure de gouvernance hiérarchique, les membres sont liés par un contrat détaillé, et les modalités d'interaction entre les échelons supérieurs et les niveaux inférieurs, qui détiennent moins de pouvoir, sont régies par des processus formalisés. Le tableau n°10 ci-après reprend les caractéristiques du contrat de subordination et les attributs de la structure de gouvernance hiérarchique qui lui sont associés.

Tableau n°10 : Les caractéristiques du contrat de subordination et de la gouvernance hiérarchique

Propriétés		**Arrangement contractuel correspondant**	**Structure de gouvernance associée**	**Attributs**	
Degré d'incomplétude	Fort	Contrat de subordination	Hiérarchie	**Horizon temporel**	Long-terme
Intensité incitative	Faible			**Préférences et choix des partenaires**	Dépendants
Degré de contrôle administratif	Fort			**Moyen de coordination**	Procédures
Capacité d'adaptation autonome	Faible			**Nature des relations**	Formalisme, bureaucratie, contrôle
Capacité d'adaptation coordonnée	Forte			**Méthode de résolution des conflits**	Supérieur hiérarchique
				Démarche stratégique	Plan stratégique
				Mode d'organisation	Profil de poste
				Mode opératoire	Procédures opérationnelles standards
				Ressources	Information centralisée

Pour conclure cette sous-section, le tableau n°11 ci-après dresse l'inventaire des attributs des structures de gouvernance énumérées précédemment, et fait figurer une mesure des propriétés des différents arrangements contractuels, que nous appliquerons aux structures de gouvernance réalisables pour encadrer l'analyse des marchés (Cf. Chapitre 6).

Tableau n°11 : La comparaison des propriétés des arrangements contractuels

Propriétés	Types d'arrangement contractuel		
	Classique	**Néo-classique**	**Subordination**
Intrinsèques :			
Degré d'incomplétude	Faible	Moyen	Fort
Horizon temporel des relations	Court-terme	Moyen-terme	Long-terme
Relationnelles :			
Préférences et choix des partenaires	Indépendants	Interdépendants	Dépendants
Moyen de coordination	Prix	Relations interpersonnelles	Procédures
Nature des relations	Précision, suspicion, contrôle	Ouverture, bénéfices mutuels, confiance	Formalisme, bureaucratie, contrôle
Instrumentales :			
Intensité incitative	Forte	Moyenne	Faible
Degré de contrôle administratif	Faible	Moyen	Fort
Méthode de résolution des conflits	Marchandage, procès	Réciprocité, réputation	Supérieur hiérarchique
Effectives :			
Capacité d'adaptation autonome	Forte	Moyenne	Faible
Capacité d'adaptation coordonnée	Faible	Moyenne	Forte
Démarche stratégique	« Allez où vous voulez »	Alignement des aspirations et des choix	Plan stratégique
Organisationnelles :			
Mode d'organisation	« Faites ce que vous voulez »	Frontières perméables	Profil de poste
Mode opératoire	« Faites comme vous voulez »	Règles minimales essentielles	Procédures opérationnelles standard
Ressources	« Placez l'information où vous voulez »	Architecture flexible	Information centralisée
Types de structure de gouvernance	**Marché**	**Réseau**	**Hiérarchie**

Conclusion de la deuxième section

Au cours de la deuxième section, nous avons défendu l'idée que les concepts de la théorie des coûts de transaction sont pertinents pour étudier la gouvernance de la régulation. Les coûts de coordination réglementaire sont une catégorie particulière de coûts de transaction, intervenant dans l'échange des droits de propriété réglementaire relatifs à l'exercice de l'autorité publique. Ces droits peuvent être considérés comme des droits de propriété politique, utilisés comme moyen de faire des choix au sujet des politiques de régulation et des structures de gouvernance.

Cette approche considère que le contexte politique est un élément important pour expliquer l'échange des droits de propriété réglementaire. Comme les coûts de transaction existent avec une forte intensité dans les processus politiques qui caractérisent la régulation, les problèmes associés à la régulation résident davantage dans l'acte de réguler lui-même que dans ce qui est régulé. La régulation consiste à transférer un pouvoir ou une autorité entre entités institutionnellement séparables. Cette perspective permet de transposer le concept de transaction dans un contexte où c'est l'échange des droits de propriété réglementaire qui prévaut.

En référence au modèle heuristique de Williamson, nous avons considéré que la structure de gouvernance réglementaire permet de résoudre les conflits d'intérêt en précisant les droits et les obligations des parties dans le cadre de la définition et de l'échange des droits de propriété politique. Nous avons montré à travers les attributs de la coordination réglementaire et les caractéristiques contractuelles des dispositifs de coordination que la régulation est une structure de gouvernance hybride dont les attributs empruntent à la fois au marché et à la hiérarchie.

SECTION 3. LA CORRESPONDANCE ENTRE ATTRIBUTS DES TRANSACTIONS ET DISPOSITIFS DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE

A quelles conditions les dispositifs de coordination réglementaire sont-ils alignés sur les attributs des transactions consistant à échanger des droits de réguler ? Considérons les concepts de la théorie des coûts de transaction. Le choix d'un mode d'organisation économique s'analyse comme la recherche d'une organisation efficace des transactions[122], au sens de celle qui minimise les coûts de gouvernance (WILLIAMSON [1985] p. 17). Ainsi, les économies de coûts de transaction sont-elles réalisées en affectant de façon discriminante une transaction à une structure de gouvernance, au sein de laquelle la transaction est réalisée, de telle manière à économiser sur les coûts (WILLIAMSON [1985] p. 41).

Cette hypothèse d'alignement des transactions suggère que les coûts de transaction dépendent des caractéristiques des transactions à gérer. Une structure de gouvernance est considérée efficace quand elle est adaptée aux attributs des transactions qu'elle encadre. Par conséquent, les attributs précis des transactions ont besoin d'être identifiés, et les propriétés d'incitation et d'adaptation des structures de gouvernance alternatives ont besoin d'être décrites, afin de mettre en correspondance attributs des transactions et structures de gouvernance.

Quels facteurs conditionnent l'alignement entre les attributs des transactions et les propriétés des arrangements institutionnels dans les choix de gouvernance réglementaire ? Après avoir mis en exergue la spécificité temporelle du mécanisme d'alignement de la théorie des coûts de transaction entre les structures de gouvernance et les transactions (section 3.1.), nous examinons successivement trois facteurs : l'influence du cadre institutionnel (section 3.2.), les hypothèses comportementales de rationalité limitée et d'opportunisme (section 3.3.), et la remédiabilité qui sert de critère de décision supposé pour les agents, i.e. économiser sur la somme des coûts de gouvernance dans leurs choix contractuels (section 3.4.).

[122] La recherche d'efficacité comme guide des choix organisationnels est une hypothèse forte dans l'approche de la nouvelle économie institutionnelle. Le monde réel est toujours imparfait. Mais, il peut en général être considéré comme efficace (MILGROM et ROBERTS [1992]).

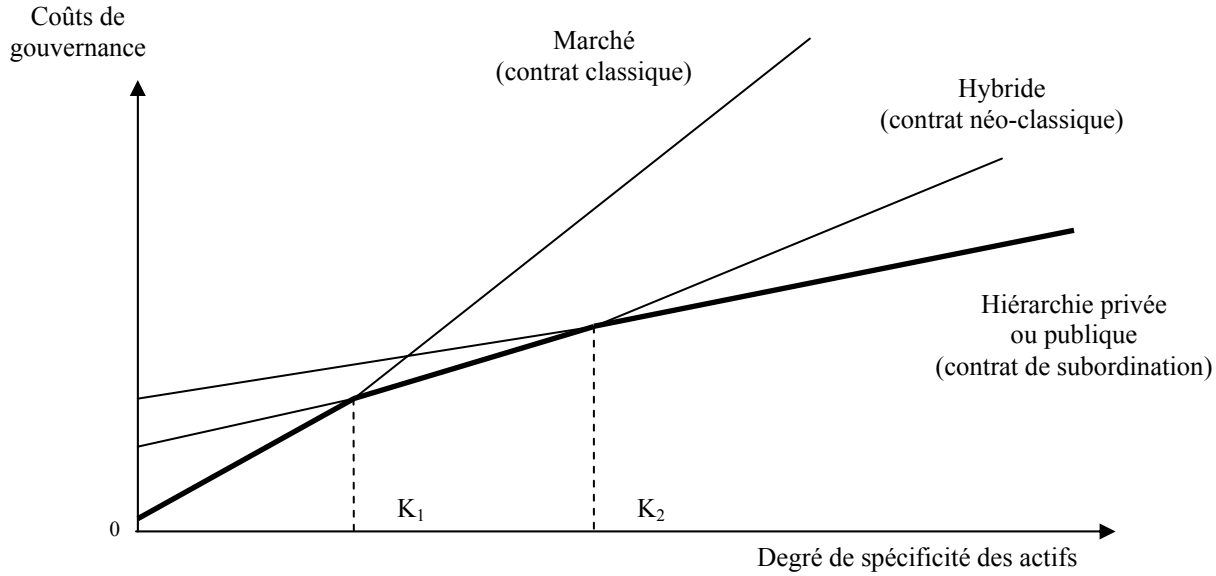
3.1. Le principe d'alignement entre structures de gouvernance et transactions

Le principe d'alignement de la théorie des coûts de transaction permet de discriminer entre elles les structures de gouvernance réalisables. Il obéit à une certaine temporalité à laquelle est soumise l'évolution des institutions. Le concept de spécificité temporelle nous sera particulièrement utile pour analyser l'efficacité du dispositif réglementaire européen (Cf. Chapitre 5).

3.1.1. L'arbitrage discriminant entre structures de gouvernance

L'arrangement contractuel retenu par les agents est celui qui minimise les coûts de gouvernance, c'est-à-dire le plus « aligné » sur les caractéristiques de spécificité et d'incertitude des transactions. Comme indiqué au graphique n°8 ci-après, la contractualisation classique du marché représente un extrême, l'organisation centralisée et hiérarchisée représente l'autre extrême, les formes d'organisation hybrides de la hiérarchie et du marché sont situées entre ces deux formes polaires. Les trois formes de structure de gouvernance se distinguent par la force des incitations, la façon d'obtenir la coopération entre les agents et la capacité d'adaptation (WILLIAMSON [1996]).

Graphique n°8 : Les coûts de gouvernance et l'arbitrage entre structures de gouvernance



Source : WILLIAMSON [1996] p. 108.

A un niveau donné de spécificité des actifs (ressources, informations, etc.), K_n, correspond une structure de gouvernance ou un arrangement contractuel efficace, c'est-à-dire minimisant les coûts de gouvernance. Cela est représenté par la courbe enveloppe en gras sur le graphique n°8.

3.1.2. La temporalité de l'alignement

L'idée devenue centrale dans le programme de recherche néo-institutionnel est qu'il existe une grande variété de modes d'organisation, entre lesquels se font d'incessants arbitrages. Le schéma n°10 ci-après indique que l'alignement des transactions par rapport aux structures de gouvernance s'effectue périodiquement, de l'ordre d'une année à quelques décennies, voire quelques centaines d'années.

Schéma n°10 : La temporalité de l'évolution des institutions

	Niveau institutionnel	Fréquence (années)	Finalité
N1	Institutions informelles, coutumes, traditions, normes, religion	10^2 à 10^3	Non calculée, spontanée
N2	Environnement institutionnel : règles formelles (politique, judiciaire, bureaucratie)	10 à 10^2	Obtenir l'environnement institutionnel adéquate : *economizing* de 1er rang
N3	Gouvernance : contrat, alignement des structures de gouvernance avec les transactions	1 à 10	Obtenir les structures de gouvernance adéquates : *economizing* de 2nd rang
N4	Allocation et emploi des ressources : prix et quantités, ajustement des incitations	continue	Obtenir les conditions marginales adéquates : *economizing* de 3ème rang

Source : WILLIAMSON [2000a] p. 597.

Les niveaux institutionnels s'échelonnent ainsi du niveau N4 pour lequel les transactions ont une fréquence continue au niveau N1 dont l'échelle est séculaire. Le terme « *economizing* » renvoie en fait à une logique de l'efficacité et à une finalité calculatrice, dont Williamson distingue ici trois niveaux, selon qu'elles s'appliquent à l'environnement institutionnel (règles formelles), aux structures de gouvernance (arrangements institutionnels) ou aux conditions marginales (prix ; quantité). La fréquence indiquée est celle du changement des institutions.

3.2. L'influence de l'environnement institutionnel sur les choix de gouvernance réglementaire

La régulation est une structure de gouvernance réglementaire dont le design et les choix de formes d'organisation sont en partie conditionnés par les dotations de l'environnement institutionnel. Ces dotations déterminent la forme et la gravité des problèmes réglementaires ainsi que les options disponibles pour les résoudre au regard de la sauvegarde des droits de propriété politique.

3.2.1. L'environnement institutionnel et le design des institutions réglementaires

L'environnement institutionnel se réfère aux contraintes fondamentales, ou les règles du jeu, qui encadrent le comportement des individus (NORTH [1990]), c'est-à-dire l'ensemble des règles formelles explicites (constitutions, lois, droits de propriété), et informelles, souvent implicites (conventions sociales, normes) qui établissent les fondements de la création et de la répartition des richesses et affectent la performance économique (NORTH [1991] p. 97). Pour Williamson [2000], la nouvelle économie institutionnelle opère à deux niveaux interdépendants : l'environnement institutionnel (ou les règles du jeu) et les institutions de la gouvernance qui jouent selon les règles[123]. Les choix de gouvernance réglementaire sont partiellement conditionnés par l'environnement institutionnel (LEVY et SPILLER [1996] ; MENARD et SHIRLEY [2002]).

[123] "The New Institutional Economics operates at two interrelated levels: the institutional environment (or rules of the game) and the institutions of governance (or play of the game)" (WILLIAMSON [2000] p. 28).

Selon cette approche, la régulation relève d'une question de *design* dont les deux composantes sont la structure de gouvernance réglementaire (« regulatory governance ») d'une part, et les incitations réglementaires (« regulatory incentives ») d'autre part (LEVY et SPILLER [1996]). La première composante recouvre les mécanismes par lesquels les institutions politiques et judiciaires réduisent l'arbitraire du régulateur et règlent les éventuels conflits. La seconde composante concerne les règles qui s'appliquent aux entreprises en matière de prix, de subventions, de concurrence et d'entrée sur le marché.

Même si on constate que les incitations réglementaires affectent la performance, leur impact (positif ou négatif) n'est manifeste que si une structure de gouvernance réglementaire a été mise en place avec succès (LEVY et SPILLER [1996] p. 205). Ces deux éléments sont des variables importantes dans les choix des décideurs politiques. Cependant, les incitations réglementaires sont contraintes par l'environnement institutionnel qui détermine la forme et la gravité des problèmes réglementaires, et qui limite les options disponibles pour les résoudre. A cet égard, la littérature récente sur la conception efficace des cadres institutionnels (NORTH [1990], LEVY et SPILLER [1996], BROUSSEAU et FARES [2000], BROUSSEAU [2001], MENARD et SHIRLEY [2002]) prône la complémentarité entre les règles générales s'appliquant à tous les agents et à beaucoup de situations contrastées, mais nécessairement inachevées, et les normes privées s'appliquant aux situations spécifiques.

3.2.2. Les choix de structures de gouvernance et la protection des droits de propriété réglementaire

Parmi les contraintes institutionnelles, la division verticale des compétences entre les niveaux fédéral et étatique est une limitation créée pour générer des inefficacités au bénéfice du respect des droits de propriété. Par exemple, la Constitution fédérale des Etats-Unis d'Amérique a imposé à dessein la friction entre et à l'intérieur des branches du pouvoir afin d'accroître les coûts administratifs et d'allonger le temps requis pour mettre en œuvre ou changer les politiques. La confusion des rôles et le manque de clarté en ce qui concerne les objectifs des différents acteurs dans les systèmes de régulation contribuent à la nécessaire flexibilité de ceux-ci. L'inefficacité organisationnelle est

ainsi un moyen important et délibéré de fragmentation des pouvoirs en vue de la sauvegarde des droits individuels (CHERRY et WILDMAN [1999] p. 613).

L'attribution initiale de ces droits correspond à l'exploitation d'opportunités réalisées par certains acteurs au détriment d'autres acteurs dans des échanges économiques ou politiques. En cela, l'échange économique ou politique n'est que le reflet d'un rapport de forces entre des acteurs agissant dans un environnement institutionnel donné. Cette conception insiste sur les phénomènes de pouvoir : les institutions ne sont pas nécessairement ou même habituellement créées pour être socialement efficaces ; elles sont plutôt créées pour servir les intérêts de ceux qui possèdent le pouvoir de négociation en vue de créer de nouvelles règles (NORTH [1994])[124]. De cette façon, les acteurs cherchent à modifier la structure des règles politiques afin d'obtenir une attribution des droits de propriété plus favorable.

Dans les industries de réseau, ces acteurs sont en général les grands clients internationaux et les investisseurs privés. La diversité des intérêts économiques et politiques en présence a un impact sur la structure des règles en vigueur. Plus ces intérêts sont diversifiés, plus il est difficile d'obtenir une majorité politique : en conséquence, les échanges complexes sont organisés à la fois par des règles formelles et par des règles informelles, notamment par la formation de coalitions (QUELIN et RICCARDI [2004] pp. 67-68).

En somme, les risques politiques et le pouvoir discrétionnaire sont importants dans le design des institutions réglementaires. Les décideurs politiques sont sujets aux influences diverses exercées par différents groupes de pression, i.e. consommateurs, firmes, contribuables etc. (POSNER [1974]). A son tour, le design des institutions réglementaires joue sur les facteurs qui influencent les relations entre des acteurs multiples, i.e. l'efficacité allocative, la distribution de rentes et de droits réglementaires, les niveaux optimaux de la décentralisation réglementaire, le *timing* et les droits de vote des différents organes de régulation (ESTACHE et MARTIMORT [1998] p. 6).

[124] "Institutions are not necessarily or even usually created to be socially efficient ; rather they, or at least the formal rules, are created to serve the interests of those with bargaining power to create new rules" (NORTH [1994] pp. 360-361).

Il en résulte qu'une structure de gouvernance de la régulation des marchés de service public doit être choisie en fonction des caractéristiques des transactions qu'elle est supposée gérer, mais aussi des dotations de l'environnement institutionnel dans lequel elle est mise en place.

3.3. Le rôle des hypothèses comportementales

Constatant l'existence d'une grande diversité à la fois des transactions et des relations contractuelles, la théorie des coûts de transaction cherche à expliquer la diversité des relations contractuelles par la diversité des transactions. L'étude des relations contractuelles dépend des hypothèses comportementales que l'on se donne. La théorie prête aux agents une rationalité intentionnelle limitée et une capacité non observable *ex ante* à se comporter de manière opportuniste. Ces hypothèses comportementales peuvent éclairer les aspects organisationnels et relationnels du dispositif de coordination réglementaire, comme les difficultés d'adaptation, l'impossibilité de spécifier avec précision les procédures de contrôle et de sanction.

3.3.1. La rationalité limitée

La rationalité limitée[125] des agents souligne la limitation de leurs capacités d'acquisition et de traitement de l'information. Même si les agents économiques sont supposés calculateurs et intentionnellement rationnels, ils le sont seulement de façon limitée. Cela signifie qu'ils essaient d'évaluer, par un calcul d'optimisation, les avantages et les coûts de leurs décisions. Mais, lorsque l'environnement est complexe et incertain, d'une part, leur capacité à stocker et à traiter l'information est restreinte, et d'autre part, ils se heurtent aux difficultés de formulation des connaissances acquises. De fait, leurs décisions sont sous-optimales et difficilement prévisibles par d'autres agents. Dans un environnement incertain et complexe, l'hypothèse de rationalité limitée

[125] Même si les agents économiques sont rationnels, ils ne peuvent l'être que sur la base d'une information limitée, et d'une capacité non moins limitée à tirer parti de celle-ci. Ils n'ont qu'une capacité limitée à chercher, à obtenir, à transmettre et à traiter l'information, comme à évaluer des alternatives et à choisir entre elles. Dans ces conditions, les transactions spécifiques se négocient à partir de représentations simplifiées et d'informations partielles, chacune des parties cherchant à utiliser au mieux de ses intérêts la fraction d'information qu'elle est seule à détenir.

implique que les agents doivent se contenter d'accords incomplets. L'implication économique de cette incomplétude contractuelle est que, en cas d'aléas imprévus par le contrat, les parties doivent entamer, *ex post*, une renégociation coûteuse des termes de leur arrangement[126].

Les contrats sont incomplets du fait de l'imperfection de l'information disponible au moment de leur conclusion (WILLIAMSON [1998]). La « bonne foi » des parties n'est pas garantie. Les événements et le comportement des acteurs sont en partie imprévisibles. Les événements qui peuvent surgir peuvent être trop difficiles à décrire *ex ante* ou à vérifier et à observer *ex post*. Des investissements en capital humain sont aussi difficiles à observer et à vérifier (COMBES, JULLIEN et SALANIE [1997] p. 33). En outre, la vérification du respect des contrats par les différentes parties est coûteuse. La création d'une organisation est alors un moyen de limiter les coûts de transaction liés à l'incomplétude des contrats (WILLIAMSON [1996]). Cependant, considérer les agents en situation de rationalité limitée ne signifie pas pour autant qu'ils ne puissent pas coopérer. En arrêtant de se fonder sur des calculs élaborés, en abandonnant la rationalité substantielle au sens de Simon [1972] pour une rationalité procédurale, basée sur des routines de comportements, les agents peuvent recourir à des mécanismes de calculs simples, portant sur une information limitée ou choisir d'imiter le comportement d'autres agents.

3.3.2. L'opportunisme

L'hypothèse de rationalité limitée et l'incomplétude contractuelle qui en résulte n'auraient pas de conséquences dommageables sur la coordination des agents économiques s'ils cherchaient à promouvoir l'intérêt commun (MILGROM et ROBERTS [1992] pp. 127-132), en maximisant leurs profits joints (WILLIAMSON [1985]). Dans ce cas, en effet, lors d'ambiguïtés contractuelles ou de situations imprévues, les contractants pourraient s'entendre sur la renégociation de leur accord et coopérer en vue d'accroître les bénéfices partagés de leur transaction.

[126] Dans la théorie des coûts de transaction, les contrats sont des modes de coordination imparfaits qui obligent, en présence d'incertitude, à une révision *ex post* de leur contenu et génèrent donc des coûts de marchandage. Il est alors nécessaire de les compléter par d'autres mécanismes de coordination, c'est-à-dire de les encadrer par des structures d'organisation plus larges, appelées structures de gouvernance.

Or la théorie des coûts de transaction postule que les agents sont guidés par la recherche de leur intérêt personnel. Cela signifie que, pour parvenir à leurs fins, ils adoptent un comportement stratégique par rapport au risque, qui peut se traduire par la ruse, le mensonge et la tricherie. Pour s'accaparer la rente de l'échange, ils sont prêts parfois à divulguer des informations incomplètes ou dénaturées et à revenir sur leurs engagements. L'opportunisme s'oppose au rapport de confiance (*trust*), et est associé à une divulgation sélective ou tronquée de l'information et aux promesses auxquelles on ne croit pas soi-même (*self-disbelieved promises*) au sujet de sa conduite future (WILLIAMSON [1975] p. 26).

Mais, ce type de comportement n'est pas envisageable à l'égard de personnes qui ont de nombreux cocontractants potentiels et qui peuvent facilement changer de cocontractant. Ce sont les situations pour lesquelles il existe très peu d'intervenants ou celles où l'on est tenu de se fier à des personnes précises qui créent les occasions pour l'opportunisme (MACKAAY [2004] p. 9). La présence d'investissements spécifiques à la relation limite le nombre d'alternatives à l'échange pour chacune des parties et les enferme dans une situation génératrice de valeur et donc d'opportunisme.

Le risque de comportement opportuniste compromet la réalisation efficace des transactions et oblige à user de précautions lors de l'élaboration des contrats entérinant les relations entre des partenaires. En effet, bien qu'ayant une rationalité limitée, les individus sont conscients de leurs limites cognitives et calculatoires, mais aussi de celles de leurs cocontractants et anticipent que ces derniers peuvent adopter un comportement opportuniste en vue d'absorber à leur profit la rente de l'échange dès que l'occasion se présentera. De fait, pour se prémunir contre ce risque, les agents accepteront de s'engager contractuellement si les accords reposent sur des engagements crédibles qui incorporent des clauses de sauvegarde protégeant et garantissant leurs relations[127]. Limiter l'opportunisme suppose de supporter, *ex ante*, des coûts de contractualisation supplémentaires.

[127] Les contrats ne peuvent prévoir l'intégralité des événements pouvant influencer le déroulement de la relation. La contractualisation est alors incomplète. Cette incomplétude ne serait pas à l'origine de problème de coordination, et donc de coûts de transaction, si les agents respectaient toujours l'esprit de leurs engagements. Lorsque les agents peuvent avoir un comportement opportuniste, les contrats doivent contenir des mécanismes qui rendent crédibles les engagements initiaux. On parle alors de clauses de sauvegarde permettant de limiter l'incertitude comportementale.

Si, en outre, les précautions contractuelles prises pour éviter tout comportement stratégique ne sont pas suffisantes, la lutte contre l'opportunisme oblige alors à la renégociation voire à la rupture des contrats, qui génèrent également des coûts. Les conséquences des hypothèses comportementales sur l'analyse des relations contractuelles sont résumées au tableau n°12 ci-après.

Tableau n°12 : Les conséquences des hypothèses comportementales

	Hypothèses comportementales	
	Rationalité limitée	**Opportunisme**
Condition de validité	Environnement incertain et complexe	Présence d'actifs spécifiques
Implication contractuelle	Contractualisation incomplète	Contractualisation « prévoyante » Clause de sauvegarde

Source : WILLIAMSON [1991b] p. 93.

Les hypothèses comportementales de rationalité limitée et d'opportunisme envisagent les agents économiques tels qu'ils sont et non tels qu'il devraient être (COASE [1984]). L'« *homo oeconomicus* » maximisateur de la théorie standard fait place, dans une approche contractuelle de l'économie, à un « *homo contractor* » opportuniste dont la rationalité est limitée (WILLIAMSON [1985] p. 43 ; p. 67).

3.4. Le critère d'efficacité des coûts de transaction

Le concept d'efficacité proposée par la théorie des coûts de transaction se nourrit des critiques à l'encontre de l'économie standard où le modèle de référence est le système des marchés parfaits. C'est une notion relative par rapport à laquelle le marché n'est pas la bonne référence, en raison de la présence d'actifs spécifiques investis et de la forte incertitude *ex ante* qui rend une contractualisation complète impossible. La comparaison pertinente est plutôt entre régulation et contrats de long terme. Les inefficacités attribuées à la régulation peuvent être considérées comme des mécanismes d'engagement servant à protéger le droit de réguler le marché.

3.4.1. La relativité de la notion d'efficacité

Rejetant l'« économie du Nirvana » (DEMSETZ [1969]) qui évalue les formes concrètes en les comparant à un idéal par nature hors de portée, la nouvelle économie institutionnelle avance que si le réel est toujours imparfait, il peut en général être considéré comme efficace (MILGROM et ROBERTS [1992]). L'efficacité d'une structure de gouvernance se mesure par la différence entre les coûts de transaction induits par un mode de contractualisation et ceux générés par un autre type de contrat. Les choix de gouvernance se font entre des solutions imparfaites, et on compare entre elles des situations réalisables[128] (WILLIAMSON [1996 ; 1999 p. 316]). On présume alors l'efficacité d'une forme d'organisation sans pouvoir la démontrer ni la décréter. Cependant, on peut soumettre cette présomption à réfutation.

L'efficacité n'est jamais absolue, mais toujours relative (LOTTER [1995]). Une structure de gouvernance est en effet souhaitable si elle fournit un bien-être supérieur à la communauté dans son ensemble et si aucune autre alternative faisable générant des gains nets supérieurs ne peut être mise en œuvre[129]. Cela ne signifie pas que l'arrangement institutionnel en place est efficace dans l'absolu, mais seulement qu'il demeure le moins imparfait tant qu'aucun autre mode de gouvernance réalisable ne peut le remplacer. Le critère d'efficacité retenu par la théorie des coûts de transaction n'est donc pas parétien (LOTTER [1996]). La remédiabilité comme critère d'analyse sert de base de comparaison entre des alternatives réalisables, lesquelles sont toutes imparfaites. Parmi les formes concrètement réalisables, on cherche celle qui minimise les coûts de gouvernance. Cette comparaison classe les formes théoriquement efficientes dans un environnement institutionnel donné. Le critère de remédiabilité se substitue au critère de Pareto comme norme d'appréciation de l'efficacité des formes d'organisation.

---

[128] "Alternative relevant comparisons are always and everywhere among alternative feasible modes of economic and political organization" (WILLIAMSON [1996] p. 337).

[129] "The efficiency perspective out of which transaction cost economics works further eschew Pareto optimality in favor of a remediableness standard according to which an existent condition is held to be efficient unless a feasible alternative can be described and implemented with net gains" (WILLIAMSON [1994] p. 33).

Cependant, la présence d'actifs spécifiques a des conséquences sur les choix entre différentes alternatives institutionnelles pour la régulation des marchés de services publics (GOLDBERG [1976]). En comparant les problèmes de régulation avec les arrangements contractuels mis en place dans le secteur privé, il apparaît que dans de nombreux cas, les inefficacités que l'on attribue à la régulation sont relatives et se retrouvent aussi dans d'autres alternatives. Le marché n'est pas la bonne référence, en raison de la présence d'actifs spécifiques investis et de la forte incertitude *ex ante* qui rend une contractualisation complète impossible. Dans ce cas, le marché ne fournit pas de bons indicateurs sur les coûts d'opportunité en présence d'investissements spécifiques, car il ne reflète pas la valeur de la quasi-rente créée. La comparaison pertinente est plutôt entre régulation et contrats de long terme dont il faut étudier les clauses.

3.4.2. Les mécanismes de protection des « droits de réguler »

Ce qui précède nous amène à mettre en exergue le « droit de réguler » le marché. La mise en œuvre de ce droit se retrouve à la fois dans certaines clauses du contrat réglementaire, mais aussi dans certaines clauses des contrats de long terme dans le secteur privé. Certaines clauses de la régulation des marchés de services publics sont mises en place comme mécanisme d'engagements crédibles. De nombreux problèmes associés à la régulation sont en fait moins associés à la régulation en elle-même qu'à la nature de long terme de la relation. Les inefficacités attribuées à la régulation peuvent être considérées comme des mécanismes d'engagements servant à protéger le droit de réguler le marché.

Ces mécanismes se traduisent par des restrictions, mais ces restrictions seraient aussi sûrement utilisées par des opérateurs privés. Par exemple, pour la gouvernance de certaines transactions encore gérées par l'Etat, il n'est pas pertinent de dénoncer le fonctionnement des agences publiques en raison de leur incitation plus faible, de leurs règles plus nombreuses et de la plus forte sécurité de l'emploi par rapport aux bureaucraties privées (WILLIAMSON [1999]). Ces attributs ont été délibérément mis en place dans les bureaucraties publiques pour limiter les aléas contractuels, même si cela a un coût. Ainsi, par exemple, l'organisation publique des affaires étrangères est-elle

relativement plus efficace que les autres alternatives possibles (WILLIAMSON [1991a ; 1999]).

Conclusion de la troisième section

L'approche normative standard considère la régulation des marchés de services publics comme une boîte noire maximisant le bien-être social (WILLIAMSON [1999]). Mais, la régulation est en fait un processus politique où les coûts de transaction jouent un rôle important dans l'organisation et le transfert des pouvoirs de décisions et de contrôle des marchés (DIXIT [1996]).

En appliquant les outils développés par la théorie des coûts de transaction à l'analyse de la gouvernance de la régulation des marchés de services publics, nous avons mis en évidence les déterminants de l'alignement des attributs de la régulation sur les structures de gouvernance réglementaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 4

Ce chapitre avait pour objectif de présenter notre choix d'une approche contractuelle de la régulation consistant à mettre en correspondance attributs des transactions sur les droits de réguler et dispositifs de coordination réglementaire.

Cette mise en correspondance nécessite d'une part, de définir les structures de gouvernance alternatives réalisables et, d'autre part, de les discriminer selon le critère de remédiabilité de telle sorte que pour une transaction donnée, chaque structure de gouvernance a un coût de fonctionnement qui lui est propre. Le critère de choix de la solution à retenir est alors celui de la minimisation des coûts de transaction en fonction de l'environnement institutionnel et de la prise en compte des hypothèses de la rationalité limitée et de l'opportunisme.

Ce chapitre ayant posé notre cadre théorique, il nous paraît utile d'examiner les implications observables de la théorie. Au chapitre suivant, nous proposons d'étudier l'efficacité de la gouvernance de la régulation issue de la réforme du cadre réglementaire européen des communications électroniques à l'aune de la théorie des coûts de transaction.

CHAPITRE 5.
L'ANALYSE DE L'EFFICACITÉ DE LA COORDINATION RÉGLEMENTAIRE EUROPÉENNE

"Just as the study of business organization benefited from recognizing the inadequacy of the neoclassical view of the firm and developing richer paradigms and models based on the concepts of various kinds of transaction costs, so does policy analysis stand to benefit from opening up the black box and examining the actual working of the mechanism inside."

DIXIT [1996] p. 9.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 5

Au Chapitre 4, nous avons présenté notre cadre d'analyse théorique de la gouvernance de la régulation des marchés de services publics de réseau. Celui-ci repose sur les propositions de la théorie des coûts de transaction pour développer une approche contractuelle de la régulation. Le présent chapitre, quant à lui, s'appuie sur ce cadre théorique tout en l'adaptant à son objet d'analyse empirique. Il vise à appliquer les outils de la théorie des coûts de transaction au cas empirique que nous avons choisi d'étudier, pour évaluer l'efficacité et la pertinence de la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques.

Notre approche emprunte un axe théorique qui n'a pas, à notre connaissance, été utilisé jusqu'à présent pour analyser l'efficacité des arrangements institutionnels encadrant les relations entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes. D'une part, si les études portant sur le cadre réglementaire européen affirment la nécessité d'une coordination institutionnelle forte, elles ignorent les coûts de coordination de la structure de gouvernance communautaire (CAVE et LAROUCHE [2001], STOFFAËS [2003] ; CAVE, VALETTI et STUMPF [2006]). D'autre part, l'approche empirique des néo-institutionnalistes se focalise traditionnellement sur le critère de spécificité des investissements et l'incertitude dans le cadre des relations inter ou intra firmes. Pour notre part, nous nous intéressons à l'allocation des pouvoirs réglementaires entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes, notamment à la spécificité temporelle relative à l'exercice des droits de décision, et au pouvoir discrétionnaire de chaque acteur.

Notre démarche consiste à étudier les caractéristiques du dispositif de coordination réglementaire mis en œuvre entre les régulateurs nationaux et les institutions européennes pour réguler les marchés. Nous avons choisi ce dispositif comme objet d'analyse, car la régulation des marchés est l'enjeu majeur de l'harmonisation du marché européen des communications électroniques et le point d'articulation entre l'approche du droit commun de la concurrence et l'approche du droit sectoriel de la régulation. La spécificité et la complexité des relations réglementaires posent des problèmes de coordination grevée par l'incertitude et l'opportunisme, et de design institutionnel qui nécessitent une analyse fine et approfondie.

Les questions posées dans ce chapitre sont les suivantes :

- Comment évaluer l'efficacité du dispositif de coordination réglementaire ?
- Dans quelle mesure le dispositif européen de régulation est-il efficace ?

La réforme du cadre réglementaire européen partait du principe que les exigences de procédures telles que la notification des mesures réglementaires, les consultations publiques et la publication des décisions finales motivées, sont le moyen le plus efficace d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales de régulation. Bien que n'ayant pas assez de données empiriques pour apporter une réponse catégorique à cette question, nous avons collecté des données sur la publication des notifications par les régulateurs nationaux et des données issues des consultations publiques nationales, et pris en compte les observations ainsi que les remarques des Directions générales Concurrence et Société de l'Information à l'occasion de réunions et de séminaires ponctuels. Ces données suggèrent que le dispositif est certes coûteux, mais tout de même relativement efficace en matière de contrôle et de responsabilité politiques.

Ce chapitre comprend deux sections. La section 1 justifie notre choix d'étudier le dispositif de coordination réglementaire mis en œuvre pour réguler les marchés. La section 2 analyse l'efficacité et la pertinence du dispositif de coordination réglementaire sous l'angle des concepts développés par la théorie des coûts de transaction. Cette approche nous permet d'analyser les attributs des relations réglementaires entre les institutions européennes et les régulateurs nationaux, et d'identifier les sources de coûts de coordination.

SECTION 1. LE CHOIX DE L'OBJET ET DE LA MÉTHODE D'ANALYSE

La régulation du marché européen des communications électroniques est un exercice complexe, régi par un ensemble de relations réglementaires interdépendantes. Il convient de se demander quelle est la relation réglementaire de référence, puisque c'est par rapport à elle que nous proposerons un choix de structures de gouvernance réalisables (cf. Chapitre 6). Cette question invite à considérer des enchaînements de relations de manière à rendre compte des interactions entre elles (WILLIAMSON [2002]). Dans cette optique, le dispositif de coordination réglementaire mis en œuvre pour réguler les marchés pertinents nous semble particulièrement pertinent et propice à une analyse en termes de coûts de coordination (section 1.1.). Il s'articule en plusieurs étapes dont l'enchaînement implique la participation de plusieurs institutions aux niveaux national et européen (section 1.2.).

1.1. Le dispositif de coordination réglementaire comme objet d'analyse

L'approche conventionnelle du design des institutions réglementaires se concentre sur les propriétés des institutions plutôt que de prendre la relation réglementaire comme objet d'analyse (WILLMAN, COEN, CURRIE, SINER [2003] p. 73). Identifier cette relation réglementaire nécessite d'isoler un enchaînement pertinent de relations formant un « système » cohérent. Nous avons choisi d'étudier les relations entre les autorités nationales de régulation et les institutions communautaires mises en œuvre pour réguler les marchés. Notre objectif est de considérer l'efficacité du processus et d'évaluer si les résultats obtenus reflètent convenablement les intrants institutionnels nécessaires pour les atteindre. Nous montrons que ces relations de nature contractuelle reposent sur des échanges d'information, et forment un écheveau complexe, propice à une analyse en termes de coûts de coordination et de spécificité temporelle.

1.1.1. Un écheveau complexe de relations réglementaires

Le dispositif de la régulation des marchés fait appel à cinq textes réglementaires distincts : la directive « cadre » (article 7), la directive « accès » (articles 8 à 13), la directive « service universel » (articles 17 et 18), la recommandation sur les marchés pertinents et les lignes directrices sur la désignation des opérateurs puissants. La directive cadre en particulier lie d'une part, les régulateurs nationaux aux institutions communautaires et, d'autre part, les régulateurs nationaux aux acteurs économiques du marché pertinent en cause. Les relations entre les acteurs sont bidirectionnelles. Cette situation particulière donne lieu à de nombreux coûts de transaction (BERGMAN [2000] p. 423).

Le cadre juridique est conçu de manière à ne permettre une régulation *ex ante* que si le degré de concurrence sur certains marchés définis est jugé insuffisant, à l'issue d'une analyse fondée sur la méthodologie du droit commun de la concurrence. Cette analyse consiste pour les autorités nationales de régulation à définir les marchés pertinents, à évaluer le degré de concurrence sur ces marchés, à désigner les opérateurs puissants, et à appliquer – ou au contraire à retirer – les obligations pesant sur ces opérateurs. Un mécanisme complexe de contrôle (dit « procédure article 7 ») vise à préserver le fonctionnement du marché intérieur en aidant à assurer la cohérence des décisions réglementations *ex ante* dans l'ensemble de l'Union européenne.

La perspective contractuelle que nous adoptons introduit une vision dynamique des interactions entre les institutions et les acteurs du marché, qui nous permet d'appréhender l'efficacité de la structure de gouvernance réglementaire à l'aune de la théorie des coûts de transaction. Ces interactions que nous avons représentées au schéma n°7 (Cf. Chapitre 2 p. 91) consistent en des échanges d'information et des transferts de droits de décision et de contrôle des marchés. Elles sont régies par des procédures détaillées qui recèlent des coûts de coordination, c'est-à-dire des coûts relatifs à l'organisation des pouvoirs réglementaires et à l'exercice des compétences d'exécution par les institutions. Ces pouvoirs recouvrent l'arbitrage des conflits entre des intérêts opposés, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation politique et la réalisation d'évaluations économiques complexes dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents.

1.1.2. La diversité des préférences des acteurs du cadre réglementaire

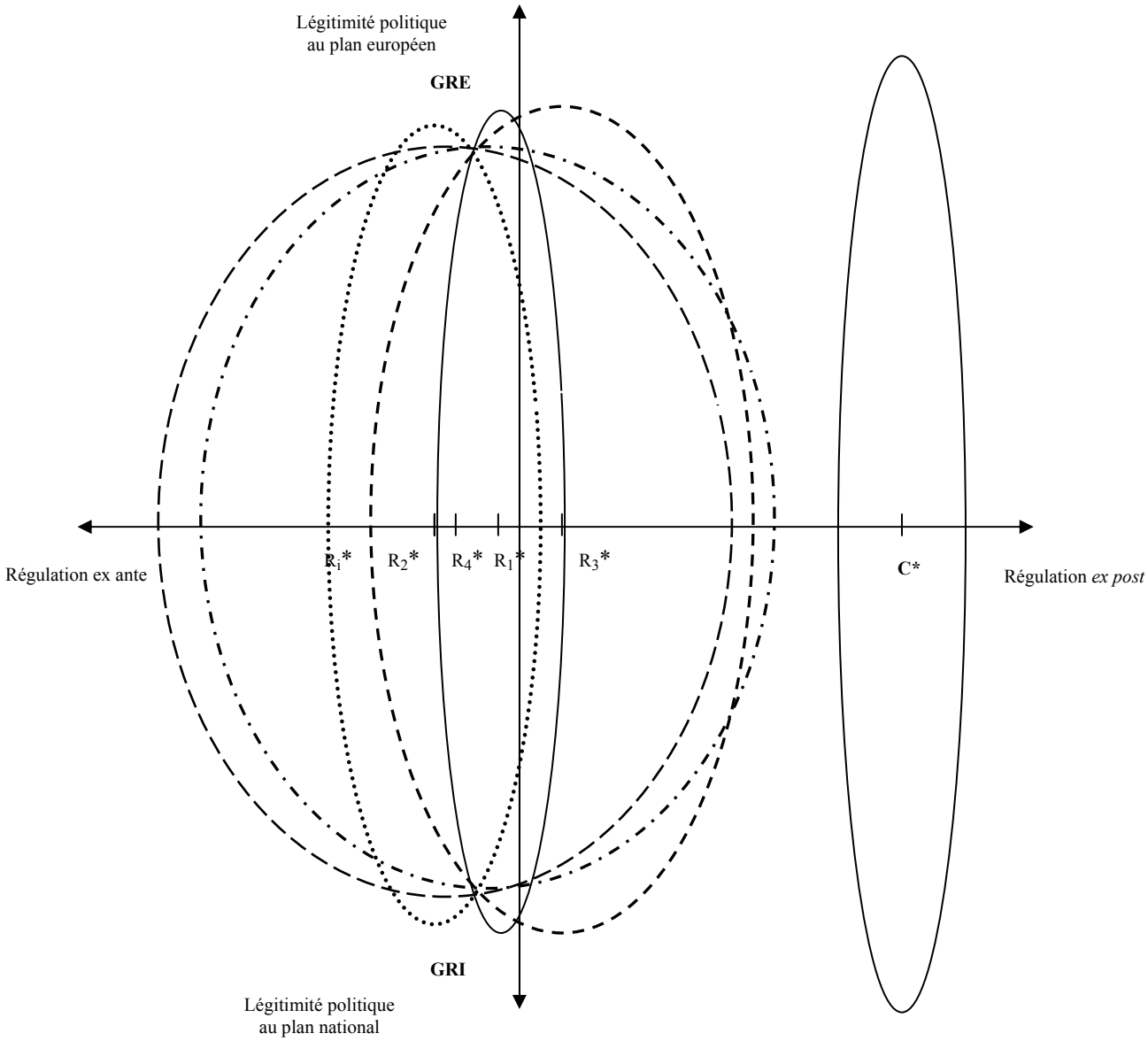
La compréhension des relations complexes entre les acteurs du cadre réglementaire passe par l'étude de la diversité de leurs préférences. C'est sous cet angle que nous utilisons la méthode d'analyse développée par Alston et Mueller [2005]. Alston et Mueller examinent les relations entre les branches exécutive et législative du pouvoir au Brésil. Ils démontrent que des lois destinées à avantager certaines régions ont servi de devise politique aux Présidents brésiliens Cardoso et Lula pour obtenir en échange des votes en faveur de certaines réformes politiques et de projets d'amendements à la Constitution. Etant donné les différences dans les préférences et les pouvoirs relatifs entre les branches exécutive et législative, celles-ci ont bénéficié des gains de l'échange. Alors que le cas du Brésil décrit par Alston et Mueller se caractérise par des gains en votes pour le Président et le Parlement brésiliens, notre cas empirique se caractérise par des gains en légitimité pour les régulateurs nationaux et la Commission européenne.

Dans les sous-sections suivantes, nous considérons trois principaux types d'acteurs : les autorités nationales de régulation, la Commission européenne, et les opérateurs de communications électroniques. La figure n°5 ci-après commence par mettre en évidence les préférences de la Commission européenne (C) et des autorités nationales de régulation (R_i, i = 1 à 25) dans un espace à deux dimensions, comprenant la dimension de la politique de régulation en abscisse et la dimension de la légitimité politique en ordonnée.

La politique de régulation représente un continuum allant de la régulation *ex ante* (droit sectoriel) à la régulation *ex post* (droit commun de la concurrence). La légitimité politique dépend des caractéristiques telles que la compétence des régulateurs, leur capacité à protéger l'intérêt des consommateurs, et la définition des limites dans lesquelles les régulateurs nationaux sont censés fonctionner. La légitimité politique s'articule en deux dimensions complémentaires. La première dimension a trait à la légitimité politique au plan national. La deuxième dimension a trait à la légitimité politique au plan européen. Cette dernière complète la première sans s'y substituer. La ligne horizontale ne représente pas une absence de légitimité politique.

Les points avec un astérisque sont les points de régulation préférés des autorités nationales de régulation le long de la ligne de politique de régulation. Les régulateurs sont dans l'ensemble favorables à une politique de régulation *ex ante*. Leurs courbes de préférences se concentrent à gauche de la figure, alors que celle de la Commission européenne (C) se situe complètement à droite de la figure.

Figure n°5 : Les préférences de la Commission européenne et des régulateurs



Les courbes de préférence des autorités nationales de régulation se croisent en deux points. Le premier point, noté GRI, représente la convergence des préférences des régulateurs nationaux sur des questions communes de régulation. Le Groupe des régulateurs indépendants (GRI) remplit cette fonction. En son sein, la concertation et les échanges d'information par étalonnage renforcent la légitimité politique des régulateurs au plan national. Leurs décisions respectives sont moins susceptibles d'être remises en cause, si elles peuvent être comparées aux pratiques européennes de régulation. Le deuxième point, noté GRE, est le symétrique du point précédent par rapport à la ligne de politique de régulation. Le Groupe des Régulateurs européens (GRE) soutient auprès de la Commission européenne les décisions communes prises par les régulateurs nationaux. Il confère aux régulateurs une légitimité politique au plan européen. Ces deux points (GRI et GRE) sont situés à égale distance de la ligne horizontale. Cela signifie que la légitimité politique au plan national est aussi préférable pour les régulateurs que celle au plan européen. Elles n'en sont pas moins indispensables l'une à l'autre. La légitimité politique du régulateur au plan national rend légitime sa participation à l'élaboration de décisions prises en commun avec ses homologues au plan européen. La légitimité du GRE au regard du Parlement européen et de la Commission européenne permet à chaque régulateur de renforcer sa légitimité dans le système institutionnel propre à chaque Etat membre.

1.1.2.1. La quête de légitimité politique des autorités nationales de régulation

Le Groupe des Régulateurs européens (GRE) et le Groupe des Régulateurs indépendants (GRI) cherchent à élargir l'éventail des décisions d'exécution à la discrétion des autorités nationales de régulation, qu'ils jugent plus expertes que la Commission européenne pour comprendre les circonstances nationales. Les régulateurs R_i sont favorables à une politique de régulation *ex ante*. Sur la figure n°5 précédente, ils se situent plutôt à gauche de l'axe des ordonnées. En quête de légitimité politique, les autorités nationales de régulation se sont réunies au sein du GRI. La création du GRE à l'initiative de la Commission européenne a conféré aux autorités nationales de régulation, moyennant certaines contraintes procédurales, une légitimité politique accrue au plan européen.

Dans le cadre de la première révision du cadre réglementaire, les autorités nationales de régulation ont trois principales revendications quant à la défense de leurs droits de propriété politique :

- cibler les ressources limitées des régulateurs sur des sujets prioritaires. Le processus de l'article 7 de la directive cadre est onéreux et pose des problèmes pour les régulateurs, particulièrement les plus petits ;
- améliorer et cibler les procédures tout en s'opposant au droit de veto de la Commission européenne sur les choix des autorités nationales de régulation en matière d'obligations réglementaires. Les régulateurs seraient mieux à même de décider de telles questions ;
- équilibrer les responsabilités entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne par une refonte des arrangements institutionnels dans le cadre du processus de l'analyse des marchés.

1.1.2.2. Les velléités de coordination de la Commission européenne

La Commission européenne, quant à elle, souhaite réglementer moins, mais plus efficacement. Elle prône une régulation *ex post* et une plus grande coordination avec les autorités nationales de régulation. Sa position sur la figure n°5 précédente est complètement à droite de l'axe des ordonnées. En perspective de la première révision du cadre réglementaire, la Commission européenne propose de réduire à 12 la liste actuelle des 18 marchés spécifiques des communications électroniques qui font l'objet d'une réglementation (Cf. Encadré n°1). Les marchés n°3 à n°7 seraient ainsi supprimés. Une nouvelle recommandation relative aux marchés pertinents serait élaborée par la Commission européenne pour prendre en considération l'impact de la convergence des marchés.

La Commission européenne vise à élargir ses droits de propriété politique dans le cadre du processus de l'analyse des marchés. Elle compte plus particulièrement :

- coordonner au niveau européen les obligations réglementaires relatives aux problématiques de tarification sur les marchés des communications électroniques ;
- étendre son droit de veto aux obligations réglementaires proposées par les autorités nationales de régulation.

1.1.2.3. La divergence des préférences des opérateurs

Pour les opérateurs, trois groupes distincts se détachent nettement : les opérateurs alternatifs, les opérateurs historiques et les opérateurs de téléphonie mobile. Ces groupes divergent de par leurs préférences respectives.

A quelques nuances près, les opérateurs alternatifs, les gouvernements et les régulateurs ont des positions proches. Ils portent une appréciation positive du cadre réglementaire qui répond aux besoins de flexibilité et remplit ses missions consistant à promouvoir la concurrence et à favoriser l'investissement. Ils demandent le maintien du cadre actuel, sous réserve de quelques aménagements et adaptations, soit pour corriger certains points mineurs ou difficiles d'interprétation dans les directives actuelles, soit pour prendre en compte les évolutions techniques et de marchés, notamment le passage des réseaux au tout IP et les questions de convergence audiovisuel / télécommunications et fixe / mobile. Ils s'accordent à dire que le processus d'analyse de marchés devrait connaître des améliorations suite à l'apprentissage des régulateurs lors des premières analyses. Ils sont favorables à une approche flexible répondant aux spécificités nationales, et reconnaissent que la faiblesse du cadre réglementaire réside principalement dans la prise en compte des intérêts des consommateurs.

Les opérateurs historiques, quant à eux, sont critiques envers le cadre réglementaire et l'activité des régulateurs. Ils demandent une refonte totale, visant à l'abandon d'une régulation *ex ante* à plus ou moins court terme et tendant à limiter le rôle des régulateurs à la régulation symétrique (licences, attribution de fréquences, numéros, droits de passages) et à donner des avis aux autorités de concurrence en cas de litige. Ils plaident pour un cadre plus incitatif à leurs investissements.

Enfin, les opérateurs mobiles sont également critiques à l'encontre du cadre réglementaire, qu'ils trouvent intrusif, notamment en ce qui concerne les analyses de marché (collecte des données nécessaires à l'analyse des marchés) et souhaitent que la régulation ne s'applique qu'aux marchés de gros (ce qui est précisément le cas pour le secteur des mobiles). Ils considèrent que certains marchés devraient être traités au niveau communautaire, et que, en tout état de cause, les opérateurs devraient pouvoir faire valoir leurs arguments devant la Commission européenne pendant la phase de notification.

En conclusion de cette sous-section, l'ensemble des acteurs se caractérise par une grande hétérogénéité des préférences : les acteurs privés en concurrence avec un poids important des entreprises puissantes au niveau européen ; les acteurs publics avec l'interdépendance des gouvernances nationale et européenne.

1.1.3. Le choix d'une évaluation par les processus

Pour évaluer la pertinence et l'efficacité du dispositif de réglementaire au regard des caractéristiques et de l'évolution rapide des marchés de communications électroniques, nous avons choisi une méthode d'évaluation fondée sur les processus. Le tableau n°13 ci-après présente les deux paramètres déterminant les conditions dans lesquelles les différents modes d'évaluation sont appropriés : la possibilité de mesurer les résultats et la connaissance du processus qui les engendre.

Tableau n°13 : Les modes d'évaluation

		Connaissance du processus	
		Complète	Incomplète
Possibilité de mesurer les résultats	Forte	Evaluation par le processus ou par les résultats	Evaluation par les résultats
	Faible	Evaluation par le processus	Evaluation par les consommations intermédiaires (intrants)

Source : MAJONE [1996] p. 144.

Les relations entre les différentes institutions concernées par la régulation des marchés soulèvent des problèmes de coordination et de design institutionnels. Ces problèmes se concentrent plus particulièrement sur les caractéristiques du dispositif de coordination réglementaire en termes de coûts de coordination et de spécificité temporelle.

Une évaluation par les résultats est intuitivement simple et séduisante. Toutefois, il est difficile de la mettre en pratique en raison des problèmes de mesure et d'information, surtout dans le cas d'une activité complexe comme la régulation.

Une évaluation par les consommations intermédiaires, en l'occurrence les informations sur les caractéristiques des marchés, se focalise sur la quantité et la qualité des sources disponibles. Ce sont, dans le meilleur des cas, des indices de l'activité produite, qui ne renseignent pas sur la valeur d'une politique de régulation donnée.

L'évaluation par les processus semble le mode le plus informatif pour appréhender le dispositif réglementaire des analyses de marchés. Elle permet de combiner les acteurs, les contraintes, les instruments, les règles de fonctionnement et la dynamique de mise en œuvre.

1.2. Un processus de régulation articulé en plusieurs étapes

Afin d'analyser les attributs du dispositif de coordination réglementaire, il est nécessaire préalablement de se pencher sur l'enchaînement des étapes qui composent le processus de régulation des marchés pertinents. Celui-ci s'articule en quatre jalons successifs : la définition des marchés pertinents, la collecte des données qualitatives et quantitatives auprès des opérateurs, l'analyse des marchés et la désignation des opérateurs puissants, ainsi que la détermination des obligations réglementaires (Cf. Annexes n°3 et n°4). La durée et la complexité de chaque étape introduisent de l'incertitude et des contraintes dans le dispositif de coordination. Notamment, des difficultés peuvent survenir liées aux risques de déphasage entre les contraintes temporelles de l'analyse des marchés et la mise en place ultérieure des consultations et des prénotifications auprès des instances européennes et nationales.

1.2.1. La définition des marchés pertinents

La première étape de la régulation des marchés consiste à délimiter les marchés susceptibles d'être régulés *ex ante*. C'est une étape indispensable, car selon la jurisprudence, les interdictions des ententes et abus de position dominante ne peuvent s'appliquer que si l'autorité chargée du respect des règles de la concurrence définit dans sa décision le marché précis sur lequel s'exerce la pratique anticoncurrentielle.

Un marché, c'est d'abord une zone géographique dans laquelle les entreprises entrent en concurrence les unes avec les autres et dans laquelle les conditions objectives de concurrence du produit ou du service en cause sont similaires pour tous les opérateurs économiques.

La définition du marché pertinent permet d'identifier les pressions concurrentielles auxquelles les entreprises font face et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre firmes (GLAIS et LAURENT [1983]). Selon les dispositions de la directive cadre, cet exercice doit conduire à vérifier trois critères : la présence de barrières structurelles, légales ou réglementaires élevées et non provisoires à l'entrée, l'absence d'évolution envisageable vers une situation de concurrence effective, et l'efficacité insuffisante du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

La Commission européenne a utilisé ces trois critères pour établir, sous la forme d'une recommandation, une liste de 18 marchés pertinents, c'est-à-dire susceptibles d'être régulés par les autorités nationales de régulation. La régulation du secteur des communications électroniques européennes implique la réalisation d'un grand nombre d'analyses de marchés, i.e. au moins 486 analyses si on considère que les 18 marchés pertinents doivent être analysés par chacune des autorités de régulation nationales des 27 Etats membres de l'Union, sans compter les marchés additionnels parfois définis à l'initiative des régulateurs nationaux, après accord de la Commission européenne.

L'encadré n°1 ci-après répartit les marchés pertinents en quatre catégories : marchés de détail et de gros de la téléphonie vocale fixe, marchés de détail et de gros de données de la téléphonie fixe, marchés de gros de la téléphonie mobile, et marché de gros de l'audiovisuel.

Encadré n°1 : Les 18 marchés pertinents définis par la Commission européenne

Marchés « fixe voix » :
- six marchés de détail selon une segmentation de clientèle résidentielle et non résidentielle : accès au réseau téléphonique public (n°1 et n°2), services téléphoniques locaux et/ou nationaux (n°3 et n°5), services téléphoniques internationaux (n°4 et n°6) ;
- trois marchés de gros pour l'interconnexion : départ d'appel (n°8), terminaison d'appel (n°9), services de transit (n°10).

Marchés « fixe données » :
- pour les liaisons louées : un marché de détail (n°7) et deux marchés de gros (n°13 et n°14) ;
- un marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (n°11) ;
- un marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (n°12).

Marchés « mobile » :
- trois marchés de gros : accès et départ d'appel (n°15), terminaison d'appel vocal (n°16), itinérance internationale (n°17).

Marché « audiovisuel » :
- un marché de gros : services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finals (n°18).

Le marché en cause est délimité tant au niveau des produits et des services que dans sa dimension géographique. La délimitation des marchés en termes de produits et de services repose sur l'analyse de la substituabilité du côté de la demande et de la substituabilité du côté de l'offre[130] (VISCUSI, VERNON et HARRINGTON [1995] p. 146). Les produits ou services concernés sont tous ceux qui peuvent être acquis par une clientèle déterminée pour un usage précis ; ils doivent présenter des caractéristiques similaires qui les rendent substituables.

Il y a substituabilité du côté de la demande lorsque deux produits appartenant à un même marché sont suffisamment interchangeables pour leurs utilisateurs, du point de vue de l'usage qui en est fait, de leurs caractéristiques, de leur tarification, de leurs

[130] La substituabilité est la mesure d'après laquelle les produits peuvent être considérés comme interchangeables du point de vue des producteurs ou des consommateurs. Si ces derniers peuvent acheter un autre produit qu'ils jugent équivalent par sa nature, son utilisation et/ou son prix (substitution du côté de la demande), cette possibilité a pour effet de discipliner l'entreprise au niveau des prix qu'elle pratique pour un produit donné. Une contrainte concurrentielle supplémentaire peut découler de la capacité des producteurs d'autres produits à adapter à brève échéance leur production au produit en question à moindre coût et de leur souhait d'entrer en concurrence sur le segment de marché concerné (substitution du côté de l'offre) (COMMISSION EUROPEENNE [2002] p. 49).

conditions de distribution, et des coûts de « migration » pour les consommateurs d'un produit vers un autre.

Il y a substituabilité du côté de l'offre lorsqu'un opérateur qui n'est pas actuellement présent sur un marché donné est susceptible d'y entrer rapidement et sans coût excessif en réponse à une augmentation relative et constante du prix des produits qui y sont vendus. Pour établir l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande ou du côté de l'offre, l'analyse peut impliquer la mise en œuvre de la méthode dite du « test du monopoleur hypothétique ». Ce test consiste à étudier les effets qu'aurait sur la demande une augmentation légère, mais durable des prix d'un service (5 à 10 % par exemple), de manière à déterminer s'il existe des services considérés comme substituables pour les demandeurs, vers lesquels ils sont susceptibles de s'orienter.

Sont donc concernés tous les produits ou services substituables entre eux et sont exclus ceux qui ne font pas l'objet d'une offre ou d'une demande entre la clientèle et les fournisseurs parce que considérés par toutes ces entreprises comme présentant des caractéristiques trop différentes pour pouvoir répondre à la même utilisation que les premiers produits ou services. Il se peut qu'aucun produit ou service ne soit substituable. Dans ce cas, le produit ou service en question constitue un marché à lui seul.

La délimitation des marchés pertinents du point de vue géographique consiste à considérer un territoire sur lequel les entreprises engagées dans la fourniture ou la demande des produits et des services sont exposées à des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes, et qui se distingue des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont sensiblement différentes. Concrètement, deux principaux critères permettent de procéder à la délimitation géographique des marchés : d'une part, le territoire effectivement couvert par les réseaux ; d'autre part, l'existence d'instruments de nature juridique conduisant en pratique à distinguer telle ou telle zone géographique ou, au contraire, à considérer que le marché est de dimension nationale.

1.2.2. La collecte des données auprès des opérateurs

Les autorités de régulation nationales apprécient et analysent les évolutions qui se produisent au cours du temps sur les marchés de communications électroniques, ce qui nécessite la mise en place d'un dispositif de recueil périodique d'informations. La collecte de ces informations peut également être nécessaire pour le compte de la Commission européenne.

Ces informations correspondent aux données quantitatives traduisant l'activité de chaque opérateur sur une période de temps appropriée, notamment en matière de volume de produits et services, de trafic, de chiffres d'affaires et de nombre de clients. Elles sont collectées sur la base d'un questionnaire, lequel permet au régulateur national de réexaminer, si les évolutions observées le justifient, la liste, le périmètre et la situation des marchés.

Les entreprises ont l'obligation de fournir ces informations rapidement et sur demande, en respectant les délais et le niveau de détail exigés par l'autorité nationale de régulation. Cependant, les demandes d'information sont censées être proportionnées aux besoins et ne pas imposer une charge excessive aux entreprises. En outre, l'autorité nationale de régulation doit indiquer les motifs justifiant sa demande d'informations.

Les autorités nationales n'ont pas de moyens d'investigations transfrontaliers. Dès lors, elles sont dépendantes des informations fournies par les parties, et ont besoin de coopérer avec la Commission européenne ou les autorités nationales pour recueillir les données qui sont nécessaires à leur analyse. Or le niveau et les moyens de coopération sont limités entre la Commission européenne et les autorités nationales, et entre les autorités nationales elles-mêmes.

1.2.3. L'analyse des marchés pertinents et la désignation des opérateurs puissants

Une fois les marchés pertinents identifiés dans leurs contours techniques et géographiques, il appartient aux régulateurs nationaux de mener une analyse de leur situation de concurrence et, le cas échéant, d'identifier le ou les opérateurs puissants sur ces marchés.

Selon les termes de la directive cadre, une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. La directive cadre précise les critères apparaissant comme les plus pertinents dans la détermination éventuelle d'une dominance conjointe ou collective sur un marché. La liste des opérateurs puissants, sur laquelle les autorités de la concurrence sont appelées à donner leur avis, est soumise au contrôle de la Commission européenne qui peut exercer son veto.

La part de marché d'une entreprise constitue un critère important, bien que non exclusif[131]. La jurisprudence considère que la présence de parts de marchés élevées – supérieures à 50% – permet, sauf circonstances exceptionnelles, d'établir l'existence d'une position dominante. Par ailleurs, l'évolution des parts de marché respectives de l'entreprise et de ses concurrents, sur une période de temps appropriée, constitue un facteur complémentaire. Les parts de marché peuvent être évaluées sur la base des volumes de trafic ou des chiffres d'affaires, l'indicateur le plus pertinent devant être défini en fonction des caractéristiques de chaque marché.

Cependant, le critère de la part de marché ne saurait suffire à établir l'existence d'une position dominante. D'autres indices de nature plus qualitative sont à prendre en compte dans l'analyse, tels que, notamment la taille de l'entreprise, le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas aisé de dupliquer, l'avancée ou la supériorité technologique, l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs, la diversification des produits ou des services, l'intégration verticale de l'entreprise, l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé, l'absence de concurrence potentielle, l'existence d'une concurrence par les prix, et d'autres critères tels que l'accès privilégié aux marchés de capitaux ou la présence d'économies de gamme ou d'échelle.

[131] Même les entreprises dont les parts de marché sont importantes ne détiennent pas nécessairement un pouvoir de marché, lorsque, par exemple, les barrières à l'entrée sur ce marché sont très faibles et que la menace d'une telle entrée empêche l'exercice dudit pouvoir (COMMISSION EUROPEENNE [2002] pp. 38-39).

1.2.4. La détermination des obligations réglementaires

La finalité de la conduite des analyses de marchés est, au-delà de la désignation d'opérateurs puissants, de déterminer les obligations spécifiques qui paraissent, conformément à la directive cadre, « justifiées, proportionnées[132] et fondées sur la nature du problème constaté ». Il appartient aux régulateurs de choisir une ou plusieurs obligations et de les motiver. Cet effort de motivation est la contrepartie d'une plus grande latitude laissée aux régulateurs nationaux. Concrètement, il peut s'agir soit d'imposer de nouvelles obligations, soit de maintenir les obligations déjà existantes, soit de procéder à leur levée si la situation concurrentielle le justifie. En pratique, il appartient aux régulateurs d'imposer, le cas échéant, au minimum une obligation à un opérateur désigné puissant.

Sur le principe de la « boîte à outils », les directives accès et service universel contiennent une liste d'obligations susceptibles d'être imposées aux opérateurs puissants. Les obligations découlant de la directive accès s'appliquent aux prestations d'accès et d'interconnexion fournies par un opérateur déclaré puissant sur un marché de gros. Ces obligations sont la transparence[133], la non-discrimination[134], la publication d'une offre de référence[135], l'accès aux ressources de réseau spécifiques et leur

[132] « Le principe de proportionnalité requiert que les moyens utilisés pour atteindre un objectif donné devrait être approprié et nécessaire. Pour déterminer si une mesure est compatible avec le principe de proportionnalité, l'action à entreprendre doit poursuivre un but légitime, et les moyens employés doivent être à la fois nécessaires et les moins contraignants » (paragraphe 118 de la Recommandation de la Commission européenne sur l'analyse des marchés pertinents) Par voie de conséquence, l'intervention du régulateur devrait satisfaire un test « coût/bénéfice » (CAVE et CROWTHER [2004] p. 15). Cependant, la directive cadre (article 7), bien que tenant compte de l'importance du principe de proportionnalité, ne précise pas les critères précis à prendre en compte dans l'analyse « coût/bénéfice » de leur intervention.

[133] Les opérateurs doivent rendre publiques des informations comptables, les spécifications techniques, les caractéristiques du réseau, les modalités et les conditions de fourniture et d'utilisation, et les prix.

[134] Les obligations de non-discrimination imposent aux opérateurs d'appliquer des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et de fournir aux autres opérateurs des services et des informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires.

[135] Lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations de non-discrimination, le régulateur peut lui imposer de publier une offre de référence comprenant une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et des conditions correspondantes, y compris des prix. Le régulateur est habilité, entre autres, à imposer des modifications aux offres de référence afin de donner effet aux obligations imposées au titre de la directive.

utilisation, le contrôle des prix et des obligations relatives au système de comptabilisation des coûts[136], et la séparation comptable[137].

Concernant la directive service universel, cette directive précise les obligations pouvant notamment être imposées sur les marchés de détail. Lorsqu'un régulateur constate qu'un marché de détail donné n'est pas concurrentiel et que les obligations imposées ne permettraient pas de réaliser les objectifs généraux de la directive, il impose les obligations adéquates à (aux) l'opérateur(s) puissant(s) sur ce marché.

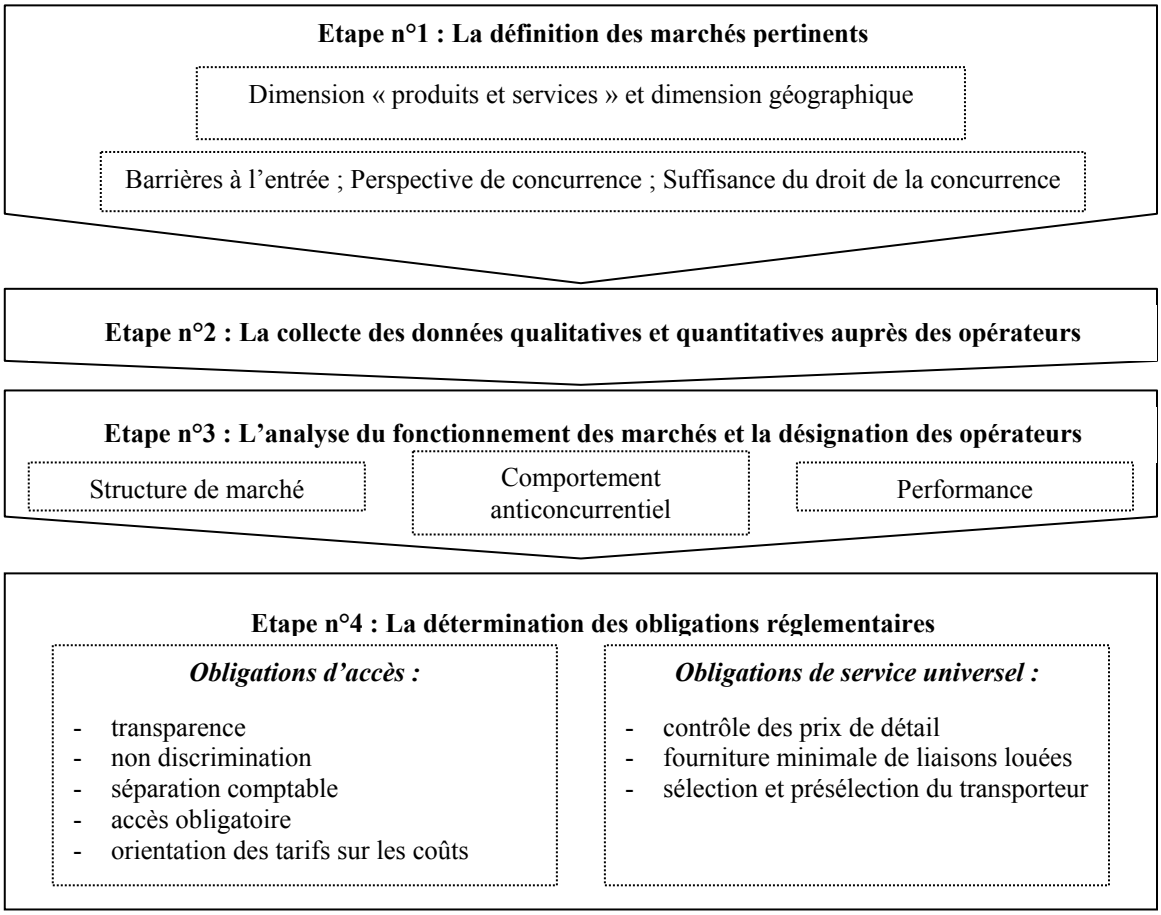
Ces obligations peuvent exiger que les entreprises visées ne pratiquent pas de tarifs excessifs ou ne restreignent pas la concurrence en fixant des prix d'éviction, ni ne privilégient de manière abusive certains utilisateurs finals ou groupent leurs services de façon déraisonnable. Les régulateurs peuvent appliquer à ces entreprises des mesures d'encadrement des tarifs de détail visant à maîtriser certains tarifs ou des mesures visant à moduler les tarifs en fonction des coûts ou des prix sur des marchés comparables. Les obligations pouvant être imposées se réfèrent aux prix excessifs ou d'éviction, à la non-discrimination entre les clients (si abusive), et à la prescription du couplage d'offres.

Les quatre étapes du dispositif de la régulation des marchés pertinents sont présentées au schéma n°11 ci-après. Chaque étape est essentielle, car si la Commission européenne s'oppose à la désignation de tel ou tel opérateur comme exerçant une influence significative sur un marché, le régulateur national se trouve privé de la faculté d'imposer des obligations à cet opérateur, quand bien même la Commission européenne n'a pas de droit de veto sur le volet des obligations.

[136] Les régulateurs peuvent imposer l'orientation des prix en fonction des coûts et des obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals.

[137] Les régulateurs peuvent notamment obliger une entreprise verticalement intégrée à rendre ses prix de gros et ses prix de transferts internes transparents, entre autres pour garantir le respect de l'obligation de non-discrimination ou, en cas de nécessité, pour empêcher des subventions croisées abusives.

Schéma n°11 : Les étapes du dispositif de la régulation des marchés pertinents



Conclusion de la première section

Cette première section a précisé la nature des relations réglementaires que nous avons retenues comme objet d'analyse, et a justifié notre choix en faveur du dispositif de coordination entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne, visant à réguler les marchés. Ce choix permet de tenir compte de l'interdépendance et de l'enchaînement des étapes du dispositif de régulation des marchés, qui constituent l'enjeu des transactions entre les institutions réglementaires. Notre objet d'analyse étant défini, nous allons étudier à présent les attributs de la coordination réglementaire à l'aune de la théorie des coûts de transaction.

SECTION 2. LES ATTRIBUTS DE LA COORDINATION RÉGLEMENTAIRE

Afin d'évaluer la pertinence et l'efficacité du dispositif de coordination réglementaire servant à réguler les marchés, nous proposons d'utiliser les outils de la théorie des coûts de transaction pour analyser les caractéristiques des interactions entre les institutions réglementaires d'une part (section 2.1.), et pour mettre en évidence les sources de coûts de coordination qui y sont associées d'autre part (section 2.2.). Enfin, nous complétons notre analyse par une évaluation des coûts de la coordination entre les régulateurs nationaux (section 2.3.). Au-delà de la rigueur du dispositif de régulation des marchés, les contraintes laissent une faible marge de manœuvre aux régulateurs nationaux, et conduisent à des résultats disparates.

2.1. L'analyse des caractéristiques des relations réglementaires

La coordination de la régulation des marchés est grevée par une contrainte de temps très forte et par l'incertitude entourant les conditions de mise en œuvre des mesures réglementaires. Dès lors, deux questions se posent quant aux attitudes possibles face aux contraintes de temps. La première question est celle des délais d'adoption des décisions réglementaires, qui s'imposent aux autorités nationales de régulation. La deuxième question est celle de l'exigence de sécurité juridique qui s'oppose à ce que les régulateurs nationaux puissent retarder l'exercice des analyses de marchés de manière excessive. Pour y répondre, nous examinons la spécificité temporelle et la fréquence d'exécution du dispositif de coordination. L'efficacité et la pertinence du dispositif de coordination par rapport à l'évolution des marchés de communications électroniques dépendent fortement du respect des délais et des conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

2.1.1. La spécificité temporelle du dispositif de coordination

La notion de spécificité temporelle, mise en évidence au Chapitre 4, nous semble particulièrement déterminante dans le cadre du dispositif de coordination réglementaire de la régulation des marchés. Elle découle du fait que des produits et des services

nouveaux font leur apparition et que les modes de production et de livraison de ces produits et de ces services évoluent au rythme des progrès technologiques. A mesure que les caractéristiques des produits et des services changent, les possibilités de substitution du côté de la demande et du côté de l'offre se modifient. Il en résulte que la pertinence du dispositif de coordination en regard de l'évolution rapide des marchés de communications électroniques dépend fortement des délais nécessaires à la coordination institutionnelle et au déroulement des phases de la régulation des marchés.

Les délais placent les différentes parties prenantes en état de dépendance les unes par rapport aux autres. D'une part, si les délais de notification des mesures réglementaires ne sont pas respectés par les autorités nationales de régulation, il existe un risque que les règles applicables aux opérateurs ne soient plus appropriées au niveau de concurrence sur les marchés. Si bien que les opérateurs pourraient être assujettis à des obligations réglementaires injustifiées au regard de l'évolution des conditions de marché ou des besoins des consommateurs. Et réciproquement, les opérateurs dominants sur un marché pertinent pourraient ne pas être assujettis aux obligations réglementaires pourtant nécessaires pour assurer une concurrence effective (RICHARDS [2006] pp. 215-217). D'autre part, l'interdépendance des parties prenantes est renforcée par le fait que la régulation des marchés pertinents est un exercice de nature prospective. L'analyse du caractère effectif de la concurrence porte en effet sur les perspectives que ce marché offre en termes de concurrence afin de déterminer si une éventuelle absence de concurrence est susceptible de perdurer, en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une période d'une durée raisonnable. Cette durée est choisie en fonction des caractéristiques propres au marché considéré et de la date prévue pour le prochain examen du marché pertinent par les régulateurs, en général dans les 18 à 24 mois (SQUIRE SANDERS [2002] p. 16). Toutefois, ce laps de temps semble peu adapté compte tenu de l'évolution rapide des marchés de communications électroniques.

2.1.1.1. Des délais longs et peu adaptés aux caractéristiques du secteur

Afin de saisir l'enjeu de la spécificité temporelle des relations réglementaires mises en œuvre par la régulation des marchés, il est nécessaire d'estimer les délais effectifs nécessaires à la coordination entre les institutions. C'est ce que nous avons cherché à faire à partir des informations fournies par les régulateurs nationaux sur leurs

procédures d'analyse des marchés. Nous avons ainsi estimé le délai moyen nécessaire pour accomplir les différentes procédures d'analyse préalable de marchés, de consultation et de notification des mesures réglementaires auprès des institutions et des parties prenantes, c'est-à-dire les autorités nationales de régulation et de la concurrence, la Commission européenne, le Cocom, les opérateurs et les associations de consommateurs.

Au total, la régulation des marchés pertinents nécessite en moyenne 48 semaines. C'est un délai relativement long et peu adapté au secteur des communications électroniques, étant donné l'évolution technique rapide qui caractérise ce secteur. En effet, la puissance de calcul des microprocesseurs double tous les dix-huit mois et la capacité de transmission tous les douze mois. On peut ainsi craindre que l'effet recherché par la régulation des marchés pertinents ne soit grevé par le temps procéduralement requis pour la réaliser.

Pour faciliter la coopération et la consultation, ainsi que pour des raisons de sécurité juridique, la directive cadre fixe des règles contraignantes en ce qui concerne la procédure de notification et l'examen des notifications par la Commission européenne. Comme le montre le tableau n°14 ci-après, la directive cadre détermine les délais légaux fixés à cet effet en application de l'article 7.

Tableau n°14 : Les délais requis et effectifs des procédures administratives

Procédures administratives	Délai requis	Délai effectif
L'autorité réglementaire nationale organise une consultation publique concernant la mesure réglementaire envisagée.	2 mois	2 à 6 mois
Les autorités nationales de régulation et la Commission européenne peuvent adresser des observations à l'autorité nationale de régulation concernée.	1 mois	≤ 1 mois
Si des informations essentielles font défaut dans une notification, la Commission européenne en informe l'autorité nationale de régulation.	5 jours ouvrables	5 jours ouvrables
Les autorités nationales de régulation communiquent les renseignements demandés par la Commission européenne, pour autant qu'ils soient aisément disponibles.	3 jours ouvrables	3 jours ouvrables

La grande majorité des cas est traitée au cours de la période d'un mois impartie à la Commission européenne, par une lettre à l'attention du régulateur national concerné, celui-ci pouvant contenir des commentaires de la Commission européenne quant à la façon dont le projet de mesures concerné pourrait être amélioré.

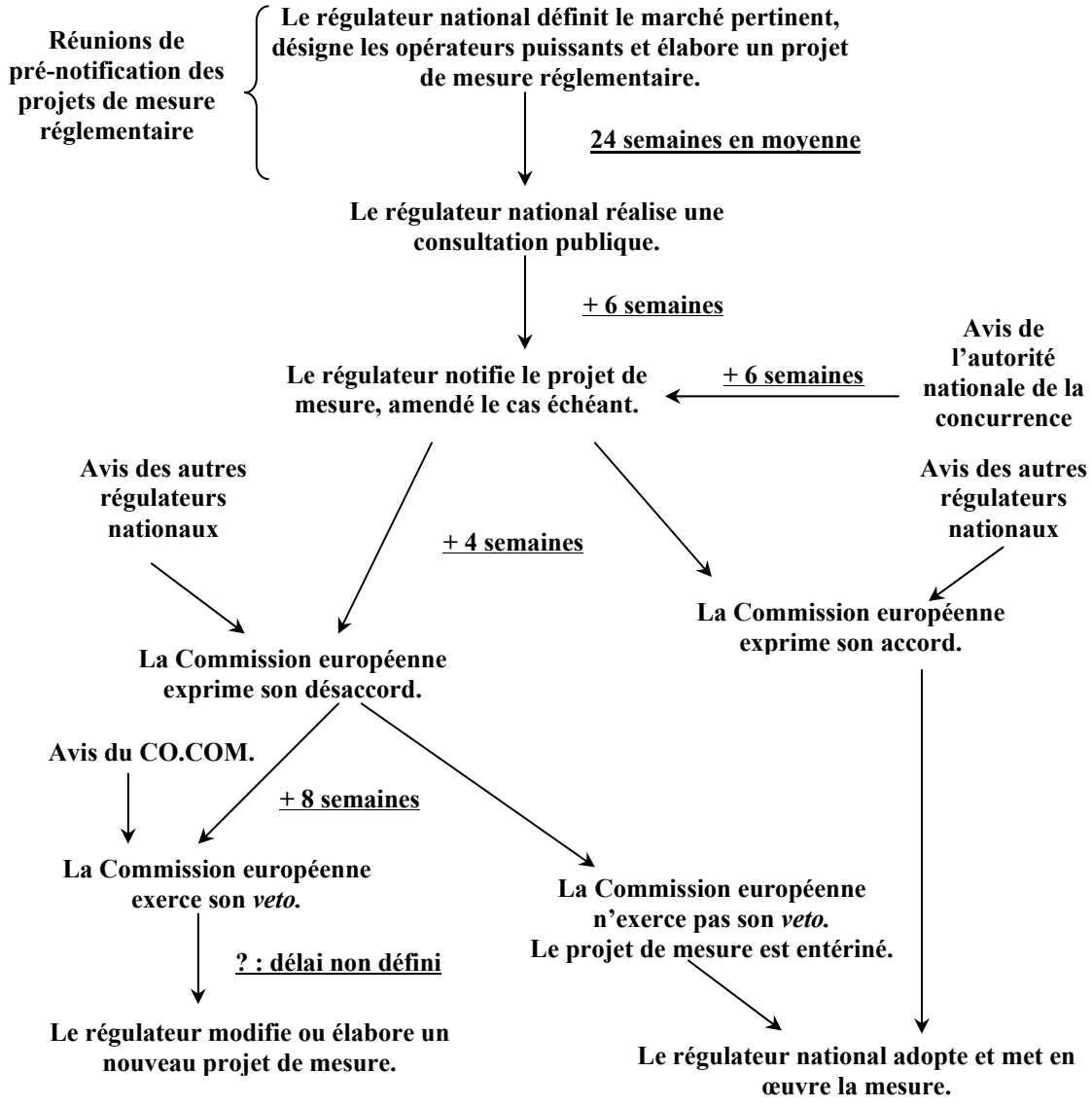
Les notifications ne deviennent effectives qu'à la date à laquelle la Commission européenne les enregistre. La date d'enregistrement est celle à laquelle une notification complète parvient à la Commission européenne. La pratique, du fait des cadences et des contraintes des analyses de marchés, veut toutefois que la consultation des autres régulateurs ne se fasse que dans un temps très court, trop court toutefois pour que l'avis des autres régulateurs puisse suivre son chemin et être réellement pris en compte.

2.1.1.2. L'interdépendance des étapes de la coordination

Le processus de régulation des marchés pertinents s'articule en plusieurs étapes interdépendantes. Le schéma n°12 ci-après décrit les trois principales étapes de la coordination réglementaire en précisant les délais nécessaires entre chacune d'elles.

Schéma n°12 : La temporalité du dispositif de coordination réglementaire

(pour un projet de mesures visé à l'article 7, paragraphe 3, de la directive cadre)



La première étape consiste pour le régulateur national à définir le marché pertinent en cause, à désigner le ou les opérateurs puissants et à élaborer un projet de mesures réglementaires. Cette première phase est déterminante dans la mesure où tout retard à ce stade s'ajoute aux délais réglementaires nécessaires pour la réalisation des étapes suivantes. Les autorités nationales de régulation réalisent cette première étape en 24 semaines en moyenne. Cependant, ce délai peut plus ou moins varier d'un Etat

membre à un autre en fonction des ressources financières et humaines dont dispose le régulateur national.

Au cours de la deuxième étape, le régulateur donne aux parties intéressées l'occasion de présenter leurs observations sur le projet de mesure envisagé dans un délai raisonnable, en moyenne 6 semaines. Il publie à cet effet les procédures de consultation nationale. La plupart des régulateurs conduisent la consultation nationale avant la consultation communautaire. Cela leur permet de refléter le point de vue des acteurs du marché dans la notification communautaire et d'éviter de devoir procéder à une seconde notification communautaire lorsque les résultats de la consultation nationale conduisent le régulateur à modifier son projet de mesures. Les résultats de la procédure de consultation sont rendus publics, sauf s'il s'agit d'informations confidentielles au sens du droit communautaire et national sur le secret des affaires. Dans la plupart des cas, le régulateur transmet en outre le projet de mesure pour avis à l'autorité nationale de la concurrence qui se prononce, dans un délai moyen de 6 semaines, sur la définition des marchés et la désignation des opérateurs puissants. Cela a souvent permis d'améliorer l'analyse de marché.

A la troisième étape, la mesure envisagée et les motifs sur lesquels elle est fondée sont notifiés à la Commission européenne et aux autorités nationales de régulation des autres Etats membres, qui disposent de 4 semaines pour présenter leurs observations. Ce délai ne peut pas être prolongé. La grande majorité des cas est traitée au cours de cette période, par une lettre au régulateur concerné, celle-ci pouvant contenir des commentaires de la Commission européenne quant à la façon dont le projet de mesures concerné pourrait être amélioré. Dès qu'une notification a été reçue, la Commission peut adresser au régulateur national concerné des demandes écrites d'informations factuelles supplémentaires. Par ailleurs, les régulateurs ont le droit de retirer une notification à tout moment pendant la procédure.

Dans deux cas, la Commission européenne peut prolonger l'examen de ces décisions de 8 semaines et dispose d'un droit de veto, lorsque la décision a pour objet de définir un marché qui diffère de ceux recensés dans la recommandation, et lorsque la décision a pour objet de désigner ou non une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché. Ce délai ne peut être prolongé. A la suite de cette investigation approfondie, si les doutes de la Commission européenne sont confirmés, la Commission européenne

peut exiger du régulateur qu'il retire son projet de mesures et qu'il notifie à nouveau ultérieurement l'analyse du marché concerné.

2.1.1.3. La complexité du fonctionnement de la procédure de veto

Le veto de la Commission européenne intervient à la suite d'une procédure en trois phases (lettre de doutes sérieux, ouverture d'une deuxième phase d'examen, puis, le cas échéant, veto). Si la Commission européenne estime que le projet du régulateur n'est pas compatible avec le droit communautaire, elle peut soulever des doutes sérieux, par un courrier publié sur un site Internet géré par la Commission européenne (*Communication and Information Resource Center Administrator* – CIRCA[138]). Ce site Internet recense également toutes les notifications des régulateurs.

Par ce courrier, la Commission européenne expose les motifs qui guide sa décision de prolonger l'examen de 8 semaines supplémentaires. La motivation permet au régulateur concerné de connaître précisément les points qui lui sont reprochés et de pouvoir y répondre. Les autres régulateurs ont la possibilité de présenter leurs observations pendant ce délai. Avant de prendre sa décision, la Commission européenne consulte le Comité des Communications (Cocom) dont l'avis n'est pas contraignant. La décision de la Commission européenne doit être accompagnée d'une analyse circonstanciée et objective des raisons pour lesquelles elle estime que le projet de mesure ne doit pas être adopté, ainsi que de propositions précises relatives aux modifications à apporter au projet de mesure.

Au 30 septembre 2005, la Commission européenne a adopté une décision exigeant des régulateurs le retrait de leurs projets de mesures dans 4 cas sur un total de 229 projets notifiés. Ces décisions de veto garantissent qu'aucune mesure ne sera prise au niveau national qui serait incompatible avec le droit communautaire et en particulier avec les objectifs généraux communs que tous les régulateurs doivent poursuivre. Jusqu'à présent, la Commission européenne a censuré des projets de mesures dans

138 http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library.

lesquels elle a considéré que les preuves étayant une définition du marché ou l'analyse de la puissance sur le marché n'étaient pas suffisantes[139].

2.1.2. Des interactions complexes sources d'incertitude

Dans le secteur des communications électroniques, l'incertitude est un élément important qui détermine en partie le besoin de flexibilité des structures de gouvernance ainsi que les possibilités d'opportunisme des parties. Un climat d'incertitude peut ainsi nuire à l'investissement et à l'innovation des acteurs économiques d'une part (CAVE et LAROUCHE [2001] p. 3), et interférer dans les choix institutionnels des acteurs politiques d'autre part (MAJONE [1998] p. 360). Nous montrons ici que le dispositif de coordination réglementaire de la régulation des marchés est enclin à l'incertitude en raison d'analyses de marchés fragmentées et non systématiques, et d'une mise en œuvre flexible du droit de la concurrence.

2.1.2.1. Des analyses de marchés fragmentées et non systématiques

Il n'existe pas d'approche commune des régulateurs en matière d'analyse des marchés. Ces analyses ont tendance à être fragmentées et non systématiques, au regard de la rigueur nécessaire à la surveillance de la concurrence dans le temps.

D'une part, si le cadre qui sert à définir la puissance sur le marché est utilisé dans des cas très précis, les régulateurs ne recueillent pas, sur une base régulière, les données permettant de déterminer qu'un opérateur est puissant sur le marché.

D'autre part, les régulateurs ne possèdent pas d'indicateurs perfectionnés pour évaluer la concurrence dans le secteur des communications électroniques (OCDE [2002] p. 3). Certains régulateurs surveillent la concurrence sur les marchés sans s'interroger sur la validité des critères utilisés à cette fin. D'autres régulateurs se contentent d'examiner certaines tendances générales afin de vérifier si les consommateurs bénéficient du libre jeu de la concurrence.

[139] Voir les décisions de la Commission européenne : COM(2004) 527 dans les cas FI/2003/2004 et FI/2003/0027, COM (2004) 3682 dans le cas FI/2004/0082, COM(2004) 4070 dans le cas AT/2004/0090, et COM (2005) 1442 dans le cas DE/2005/0144.

Enfin, une analyse « marché par marché » est un obstacle pour traiter les marchés liés entre eux (dégroupage / bitstream) et analyser les offres commerciales nouvelles (fixe / mobile) rendue possibles notamment par des évolutions technologiques. Il serait économiquement rationnel de pouvoir imposer des obligations réglementaires sur une chaîne de valeur de marchés convergents.

2.1.2.2. La disparité des rythmes de travail des régulateurs

Bien que les régulateurs nationaux aient commencé à notifier leurs projets de mesure réglementaire à la Commission européenne en août 2003, seules 140 mesures réglementaires ont été enregistrées au 31 janvier 2005 en provenance de 12 Etats membres (Allemagne (1), Autriche (25), Grèce (1), Finlande (20), France (2), Hongrie (9), Irlande (13), Pays-Bas (1), Portugal (14), Slovaquie (4), Suède (9), Royaume-Uni (41)). Tous les marchés identifiés dans la recommandation « marchés pertinents » ont fait l'objet d'au moins une notification par l'un des Etats membres à l'exception du marché de l'itinérance internationale (marché n°17). Ce dernier marché, de par sa nature, est soumis à une analyse commune de la part des pays européens, effectuée dans le cadre des travaux du GRE (travaux communs à l'ARCEP, l'OFCOM et l'OPTA).

Comme le montre le tableau n°15 ci-après, les régulateurs nationaux ont notifié leurs analyses de marchés à des rythmes très divers. Tandis que sept régulateurs avaient notifié plus de dix marchés (Royaume-Uni, Finlande, Irlande, Portugal, Autriche, Suède, Hongrie), douze régulateurs n'avaient encore notifié aucune analyse (Belgique, Chypre, Espagne, Estonie, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pologne, République tchèque, et Slovénie).

Les nouveaux pays entrants même s'ils sont majoritaires dans cette dernière catégorie ne le sont pas dans une proportion écrasante. Des pays de « l'Europe des quinze » sont aussi présents parmi ceux qui n'ont aucune notification à leur actif. Les raisons sont différentes d'un Etat à l'autre. La Belgique et le Luxembourg sont en retard dans la transposition des directives du cadre réglementaire. Ces deux pays ont d'ailleurs fait l'objet d'un recours en manquement par la Commission européenne pour défaut de transposition. Quant à l'Espagne, le régulateur (CMT) a connu des difficultés d'ordre

organisationnel qui ont entravé son action[140]. L'Italie, enfin, n'a pas fini la phase de consultation publique nationale pour plusieurs marchés. Par ailleurs, le renouvellement du collège du régulateur italien (AGCOM) courant mars 2005 a sans doute été un facteur de ralentissement des décisions.

Tableau n°15 : L'état de la progression des analyses de marchés par pays

(En janvier 2005)

Pays	Amorce	Définition des marchés	Collecte des données	Analyse des marchés	Consultation nationale	Notification	Décision finale et mise en oeuvre
Allemagne						11	
Autriche		12	17			1-9, 10, 11, 13-16	1-9, 11, 13-16
Belgique							
Bulgarie							
Chypre							
Danemark			17	3-7, 14, 15	1-2, 8-13, 16		
Espagne							
Estonie							
Finlande							1-16, 18
France			18-19$^{\alpha}$	7, 13-15, 17	1-6, 8-12, 16	16	16
Grèce		8-12	1-15, 17			16	
Hongrie							
Irlande		1-16	1-18	1-16, 18	1-16, 18	7, 11-16, 18	11, 12, 16, 18
Islande				15-17			
Italie					3-7		
Lettonie							
Liechtenstein							
Lituanie							
Luxembourg							
Malte							
Norvège							
Pays-Bas							
Pologne							
Portugal		17	10, 17	7, 10, 13, 14, 15	16	11, 12	1-6, 8, 9, 20$^{\beta}$
Rép. slovaque						8, 9, 11, 16	
Rép. tchèque							
Roumanie							
Royaume-Uni							1-16, 18
Slovénie							
Suède							1-2, 7-12, 16
Suisse							
Turquie							

Notes :
Les marchés notifiés sont signalés par leur numéro (cf. Encadré 1).
Les pays en italique sont admis comme observateurs au sein du GRI et du GRE.
$^{\alpha}$ Nouveau marché défini par la France : « services de gros de terminaison de SMS sur réseau mobile ».
$^{\beta}$ Nouveau marché défini par le Portugal : « service téléphonique public pour les numéros non géographique fixes ».

[140] Le Gouvernement espagnol a demandé en 2004 le transfert de la CMT de Madrid à Barcelone contre l'avis du personnel du régulateur. En signe de protestation, le Président de la CMT a démissionné de ses fonctions.

Il est probable que si les délais n'ont pas été respectés, c'est aussi parce que certaines autorités nationales de régulation ne disposent pas de la compétence, des ressources financières, et de l'infrastructure administrative nécessaires pour traiter adéquatement les informations qualitatives et quantitatives, et pour effectuer des analyses de marchés complexes, comme le soulignent les rapports d'activités du GRE en 2003 et 2004.

2.1.2.3. Une mise en œuvre flexible du droit au prix d'une plus grande incertitude

Le régime juridique européen définit des principes et des procédures et non plus un cadre relativement rigide avec des obligations que le régulateur devait appliquer sans avoir à les justifier et sans pouvoir les moduler. Il permet de prendre en compte les situations spécifiques de marché d'un pays à un autre, de manière à refléter les conditions nationales de l'offre et de la demande dépendant de facteurs démographiques et géographiques, des préférences culturelles nationales d'achat, etc. Les obligations réglementaires tiennent compte de la taille du marché géographique approprié, des économies d'échelle et de densité, de la topologie de réseau, de la taille et du degré d'intégration de l'opérateur puissant. Ces effets mènent à des degrés différents d'harmonisation des obligations réglementaires pour les régulateurs.

Cette plus grande flexibilité entraîne une plus grande incertitude quant à la mise en œuvre du droit de la concurrence, et peut nuire, dans une certaine mesure, aux décisions d'investissement des entreprises (COMMISSION EUROPEENNE [2006a] p. 117). En effet, la jurisprudence européenne est en voie de construction, notamment dans les cas où plusieurs firmes exercent conjointement une position dominante ou lorsque le pouvoir de marché s'exerce sur un marché amont. Cela implique de la part des régulateurs plus d'efforts pour justifier leur intervention.

Compte tenu de l'innovation constante caractérisant les communications électroniques, toute définition d'un marché nécessite d'être révisée périodiquement. Cela engendre de l'incertitude quant aux services appelés à être réglementés et aux raisons pouvant conduire la Commission européenne à opposer son *veto* à un projet de mesures. La connaissance approfondie des cas est d'autant plus nécessaire que les décisions de la Commission européenne sont fondées sur les informations fournies par les régulateurs. Or ces informations fournies aux réunions du Cocom, pendant lesquelles

les cas de veto sont examinés, ne concordent pas toujours entièrement, sans qu'il soit possible au Cocom d'évaluer les différentes interprétations en l'absence d'une connaissance approfondie des projets notifiés. De ce fait, le vote du Cocom aboutit à l'abstention d'une très large majorité des participants, vidant quelque peu de sens cet élément de la procédure[141].

2.2. L'identification des sources de coûts de coordination

L'articulation du dispositif de la régulation des marchés en plusieurs étapes génère des coûts de coordination. Nous montrons que ces coûts ont plusieurs origines : le partage des compétences réglementaires au niveau national, la complexité des procédures de consultation, l'efficacité relative des procédures de pré-notification, et les différences d'interprétation des règles de la régulation des marchés.

2.2.1. Le partage des compétences réglementaires nationales

Les compétences réglementaires nationales sont partagées entre les autorités nationales et les ministères concernés. Cependant, la gestion de ces compétences ne respecte pas les principes d'indépendance et d'impartialité dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne. Cette situation résulte pour partie du fait que la séparation complète entre l'Etat actionnaire et l'Etat régulateur n'est pas garantie en toutes circonstances dans tous les pays européens.

Dans certains pays, l'action des régulateurs visant à imposer les obligations réglementaires appropriées à la lumière de leurs analyses de marché se trouve limitée. Les ministères interviennent en donnant des instructions ou des orientations qui affectent les décisions des régulateurs. Par exemple, la tutelle du ministère allemand de l'économie et du travail sur Benetza est de nature à entraver l'action du régulateur. Toutefois, même lorsque l'indépendance semble assurée d'un point de vue structurel, l'action d'un régulateur peut être remise en question à travers son budget. Tel est le cas en Italie de l'AGCOM dont le budget a été réduit par la loi de finances de 2004.

[141] Pour pallier ce problème, le GRI a mis en place fin 2004 un groupe d'experts chargé d'effectuer sa propre analyse, notamment afin d'éclairer le Cocom lors de son examen de la décision de veto.

Par ailleurs, les régulateurs nationaux sont organisés de manière très diverse. Tandis que cette diversité peut comporter des avantages, elle peut également impliquer des coûts dans la mesure où un système fortement diversifié peut mener à l'incohérence, à la complexité et à une certaine opacité. En outre, un ensemble disparate de régulateurs nationaux est relativement coûteux pour les acteurs du marché qui opèrent dans différents Etats membres. En effet, ils doivent s'adapter à des structures, des compétences et des pouvoirs différents d'un pays à l'autre (GERADIN et PETIT [2005]).

2.2.2. La complexité des procédures de consultation

Concernant les procédures de consultation, nous relevons trois principaux problèmes à l'origine de coûts de coordination.

Tout d'abord, plusieurs régulateurs ont conduit en parallèle leurs consultations au niveau national et au niveau européen. Or il est difficile pour la Commission européenne de considérer de manière appropriée les commentaires des parties intéressées comme l'industrie, les associations de consommateurs et les autorités nationales de la concurrence, qui sont fournis durant la consultation nationale. Ces commentaires peuvent notamment affecter l'évaluation de la compatibilité du projet de mesure avec le droit communautaire et, le cas échéant, la pertinence et la proportionnalité des obligations proposées. En outre, dans l'éventualité où la consultation nationale aboutit à des changements significatifs de la notification originale, le régulateur risque de devoir notifier à nouveau les mesures (COMMISSION EUROPEENNE [2004] p. 70). Bien que plus longue, la conduite séquentielle des consultations aux niveaux national et communautaire permet de mieux prendre en compte les avis des parties prenantes.

Deuxièmement, malgré les dispositions permettant aux régulateurs d'apporter leurs commentaires sur les projets de leurs homologues européens au cours des deux phases d'examen, en réalité cela ne se produit que très rarement ; et ce pour des raisons essentiellement pratiques. D'une part, la plupart des régulateurs ne disposent pas des ressources humaines suffisantes pour procéder à un tel examen (COMMISSION EUROPEENNE [2004] p. 11). D'autre part, des raisons linguistiques peuvent être invoquées. En effet, les régulateurs ne sont pas tenus de traduire leur notification dans les différentes langues officielles de l'Union européenne ; seul un résumé (généralement

en anglais) est disponible. Lorsque la Commission européenne publie une lettre de doutes sérieux, la plupart des régulateurs sont dans l'incapacité de présenter leurs observations par manque de connaissance de la notification. Ce problème a été soulevé lors de la réunion extraordinaire du Cocom le 28 septembre 2004 à propos de la notification du régulateur hongrois[142].

Troisièmement, chaque acteur dispose d'informations « privées » qui sont autant de rentes, réelles ou potentielles. La position du régulateur national est en particulier paradoxale. Divers aspects de sa mission peuvent se résumer à son action pour empêcher les détenteurs d'informations privées d'exploiter complètement l'avantage qui en découle au détriment des autres acteurs individuels, consommateurs ou concurrents. Il est l'acteur, extérieur au marché pertinent, mais garant de son fonctionnement, qui possède, de par sa position, le moins d'informations concrètes sur les conditions de marché. Il lui est ainsi indispensable de recueillir les informations nécessaires à la conduite des analyses de marchés, en engageant auprès des acteurs du secteur des enquêtes, d'une double nature. Il s'agit, d'une part, de recueillir les informations de nature quantitative sur l'activité des opérateurs sur une période de temps appropriée et, d'autre part, par le biais de questionnaires qualitatifs, de permettre aux acteurs de s'exprimer sur un certain nombre de sujets touchant à la situation de concurrence des marchés. Or le nombre élevé de demandes de données adressées aux opérateurs et l'interprétation par les régulateurs de la situation concurrentielle sur les marchés peuvent entraîner des conflits et des difficultés d'interprétation. En effet, le délai de collecte des données est parfois long, et certaines données risquent d'être périmées au moment de l'évaluation de la concurrence.

Enfin, quelque rigoureuse et exhaustive que puisse être la procédure de consultation, le raisonnement qui fonde la légitimité, et donc l'autorité, sur la participation des intéressés à l'élaboration du projet de mesure réglementaire peut être critiqué. En effet, si la consultation méthodique des parties intéressées est gage de légitimité, elle peut aussi donner prise à la capture. En effet, les parties qui participent le plus assidûment et le plus activement à ces consultations sont les entreprises et très rarement les associations de consommateurs, la consultation est ainsi biaisée en faveur

[142] Pour pallier ce problème, le GRE a demandé à la Commission européenne de traduire en anglais toute notification faisant l'objet d'une lettre de doutes sérieux.

de celles des parties concernées qui ont le plus de ressources à consacrer aux consultations publiques.

2.2.3. L'efficacité relative des procédures de prénotification

Le dispositif de consultation requiert une étroite coopération entre la Commission européenne et les régulateurs, et entre les régulateurs eux-mêmes.

Avant de soumettre une notification, les régulateurs ont la possibilité de rencontrer officieusement la Commission européenne pour présenter les éléments clés de leur analyse. Ces réunions informelles dites de « prénotification » permettent à la Commission européenne et aux régulateurs nationaux d'identifier et d'examiner des questions ou des préoccupations particulières à un premier stade. La Commission européenne saisit également ces occasions pour donner des indications aux régulateurs quant à l'information et au niveau d'analyse demandés pour soutenir leurs conclusions.

La question est de savoir si ces réunions sont effectivement utiles et efficaces au regard des objectifs poursuivis par les parties, i.e. notifier le plus grand nombre de mesures réglementaires en un minimum de temps. Barros [2004] a montré que la procédure de notification est, sous certaines conditions, supérieure à une procédure de contrôle *ex post*. En particulier, les coûts plus élevés, pour la Commission européenne, de défaire la régulation déjà mise en place par les autorités nationales de régulation, relatifs à l'ajustement *ex ante*, fondés sur les relations formelles et informelles entre la Commission européenne et les régulateurs nationaux, rendent le régime de notification plus attrayant.

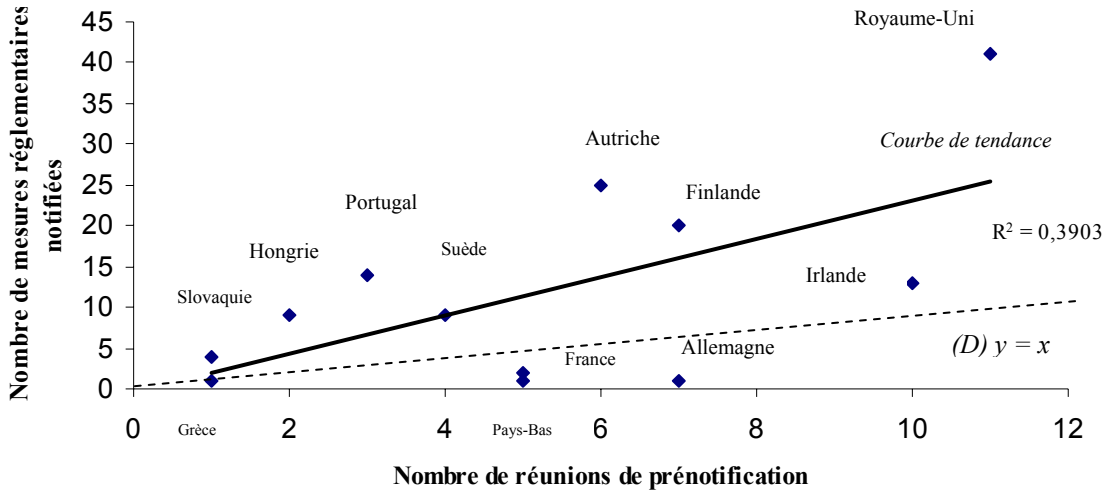
Pour notre part, nous relativisons l'efficacité de la procédure de prénotification en nous fondant sur le décalage entre le nombre de réunions organisées et le nombre de notifications effectivement réalisées. Au 31 janvier 2005, les services de la Commission européenne ont ainsi organisé 73 réunions de prénotification avec les régulateurs de 18 Etats membres. Etant donné le très faible nombre de *vetos* adoptés par la Commission européenne, il semble que les réunions de prénotification aient servi à tester les réactions de la Commission européenne et à apporter d'éventuelles modifications aux projets de mesures avant notification. En effet, à l'occasion des réunions de prénotification, une négociation entre la Commission européenne et le régulateur permet

d'ajuster les projets de mesures réglementaires, de sorte que dans le temps ultérieur de l'analyse du marché pertinent, le projet de mesure soit conforme au cadre réglementaire.

Cependant, cette méthode présente plusieurs limites. D'une part, elle n'apporte pas une garantie absolue contre un *veto* de la Commission européenne. Il n'est pas certain en effet que les réunions de prénotification permettent aux régulateurs nationaux de déceler toutes les réticences de la Commission européenne. D'autre part, nous constatons au graphique n°9 ci-après une corrélation certes positive, mais faible (coefficient de corrélation linéaire égal à 0,39) entre le nombre de réunions de prénotification et le nombre de mesures réglementaires notifiées par 12 pays (Allemagne, Autriche, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie, Suède, Royaume-Uni) au 1er décembre 2004.

Graphique n°9 : La corrélation entre réunions de prénotification et mesures notifiées

(Au 1er décembre 2004)



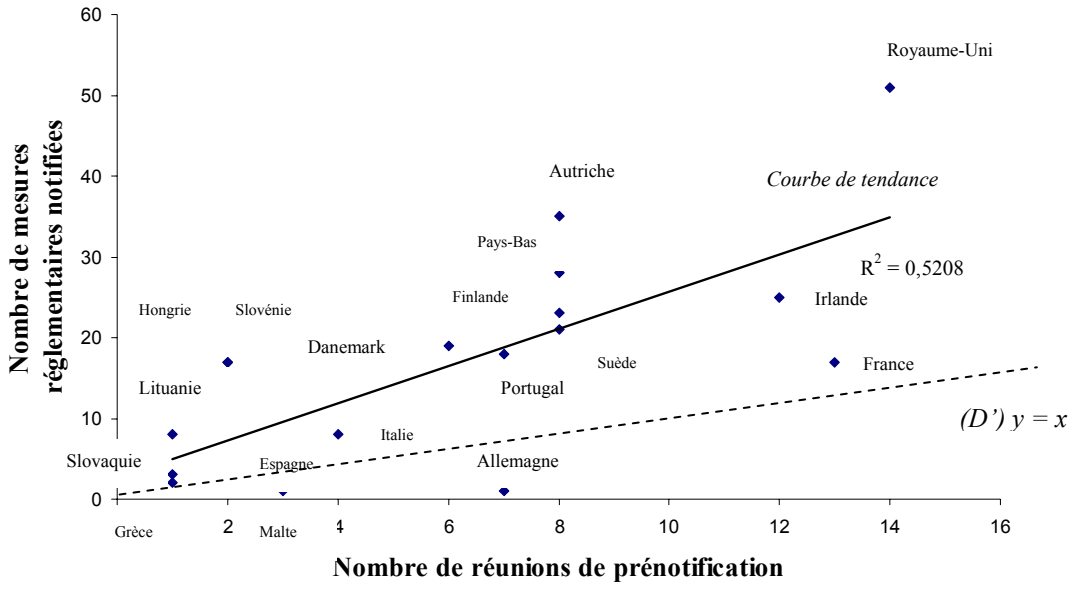
Le graphique n°9 semble relativiser l'efficacité des réunions de prénotification. Nous remarquons que certains pays, en particulier l'Allemagne, la France, la Grèce et les Pays-Bas se situent sur ou sous la droite D. Cela signifie que ces pays ont notifié autant ou moins de mesures réglementaires qu'ils n'ont participé à de réunions de prénotification. Toutefois, ces résultats ne permettent pas de mettre en évidence l'évolution des progrès réalisés par les régulateurs au cours du temps, et donc un effet d'apprentissage au fur et à mesure qu'ils améliorent leur pratique de l'analyse des

marchés, et se familiarisent avec les procédures des réunions de prénotification. Il convient par conséquent d'élargir l'échantillon des pays considérés sur une période un peu plus longue.

Au graphique n°10 ci-après, nous obtenons une corrélation plus forte, mais bien qu'encore insuffisante (coefficient de corrélation linéaire égal à 0,52) entre le nombre de réunions de prénotification et le nombre de mesures réglementaires notifiées par 18 pays (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie, Slovénie, Suède et Royaume-Uni) au 1er décembre 2005.

Graphique n°10 : Un effet d'apprentissage pour les régulateurs nationaux

(Au 1er décembre 2005)



Le graphique n°10 confirme l'existence d'un effet d'apprentissage parmi les régulateurs nationaux. Nous remarquons que le nombre de réunions de prénotification et le nombre de mesures réglementaires notifiées ont significativement augmenté. Seuls trois pays (Allemagne, Espagne et Malte) se situent sur ou sous la droite D'. Cela signifie que tous les autres pays ont notifié plus de mesures réglementaires qu'ils n'ont participé à de réunions de prénotification.

Toutefois, nous constatons que certains pays obtiennent des résultats très différents tout en comptabilisant le même nombre de réunions de prénotification. Par exemple, la Suède, la Finlande, les Pays-Bas et l'Autriche ont chacun participé à 8 réunions de prénotification, mais ont notifié respectivement 21, 23, 28 et 35 projets de mesures réglementaires. Le Royaume-Uni, quant à lui, se détache nettement des autres régulateurs, en comptabilisant 14 réunions de prénotification pour 51 mesures réglementaires notifiées.

Certains régulateurs semblent donc plus performants que d'autres dans leur pratique des analyses des marchés pertinents. Ils sont sans doute mieux organisés et/ou mieux dotés en ressources humaines. Une autre explication pourrait résider dans les différences d'interprétation des règles de l'analyse des marchés.

2.2.4. Les différences d'interprétation des règles

D'une manière générale, les autorités nationales de régulation imposent des ensembles similaires d'obligations en réponse à des défaillances de marchés similaires. Cependant, le détail et la mise en œuvre des obligations diffèrent considérablement d'un Etat membre à l'autre. Les notifications des régulateurs comportent en principe tous les éléments de leur projet de mesures, bien que certains régulateurs notifient en deux étapes, les analyses de marchés, puis les obligations réglementaires. Cependant, cette approche prolonge inutilement le processus réglementaire.

La procédure décentralisée des analyses de marchés aboutit à des différences de perception et à des interprétations divergentes, en dépit du fait que les analyses soient réalisées en conformité avec un format européen standardisé (lignes directrices et recommandation). Les règles de la régulation des marchés pertinents sont en effet interprétées différemment, par exemple dans le cas de la tarification et des méthodes d'orientation vers les coûts. Comme le montre le tableau n°16 ci-après, les résultats des notifications divergent selon les autorités nationales de régulation. Celles-ci ne semblent liées ni par les décisions des autres régulateurs, ni par les avis du Cocom concernant la désignation des opérateurs puissants.

Tableau n°16 : La divergence des résultat des notifications

(Au 30 juin 2006)

N°	Marché pertinent	Nombre de régulateurs ayant trouvé un opérateur puissant	Nombre de régulateurs n'ayant pas trouvé un opérateur puissant
1	Accès fixe, résidentiel	18	0
2	Accès fixe, non résidentiel	18	0
3	Appels fixes locaux, résidentiels	14	2
4	Appels fixes internationaux, résidentiels	9	6
5	Appels fixes locaux, non résidentiels	12	3
6	Appels fixes internationaux, non résidentiels	9	6
7	Liaisons louées	13	0
8	Départ d'appels fixes	20	0
9	Terminaison d'appels fixes	19	0
10	Transit	12	3
11	Dégroupage de la boucle locale	18	0
12	Accès à large bande	17	0
13	Liaisons louées (terminaison)	13	0
14	Liaisons louées (transit)	5	6
15	Accès et départ d'appels mobiles	4	9
16	Terminaison d'appels mobiles	23	0

NB : les marchés 17 et 18 ne sont pas pris en compte dans le tableau en raison des difficultés méthodologiques rencontrées par les régulateurs nationaux.

Dans certains cas, la législation nationale limite les fonctions, les pouvoirs et les devoirs du régulateur. Cela peut prendre la forme d'une limitation des obligations réglementaires à la disposition des régulateurs, ou de l'imposition par la législation de critères excessifs pour l'imposition des exigences réglementaires. Par exemple, la transposition partielle des directives du cadre réglementaire dans la législation allemande a entraîné l'ouverture d'une procédure de veto à l'encontre d'une décision du régulateur allemand (Benetza) sur le marché de l'accès et du départ d'appel mobile. Benetza a déclaré une absence de puissance significative pour les opérateurs alternatifs (bien qu'ils aient 100% de part de marché de la terminaison d'appel sur leurs réseaux) du fait de l'existence d'un contre-pouvoir de l'acheteur, en l'occurrence Deutsche Telekom. Or selon la Commission européenne, cette part de marché emporte une présomption de puissance significative. Certaines circonstances factuelles permettent de mieux comprendre ce cas. En effet, la loi allemande transposant les directives communautaires interdit au régulateur d'imposer des remèdes différenciés sur des marchés identiques.

En déclarant puissants les petits opérateurs de boucle locale, Benetza aurait dû leur imposer exactement les mêmes obligations qu'à Deutsche Telekom (orientation des tarifs vers les coûts, séparation comptable, etc.). Cela lui paraissant disproportionné, Benetza a préféré ne pas déclarer puissants les petits opérateurs. Selon la Commission européenne, Benetza doit respecter l'esprit des directives et en faire application directe (respect du principe de proportionnalité), ce qui inciterait sans doute le gouvernement allemand à modifier la loi de transposition afin qu'elle soit conforme aux directives, comme ce fut le cas en Finlande. En effet, la loi finlandaise interdisait au régulateur (Ficora) d'appliquer des remèdes au marché de la terminaison d'appel mobile. A la suite des commentaires de la Commission européenne, le gouvernement finlandais a procédé à une modification de la loi.

Cependant, même là où la loi nationale confère tous les pouvoirs au régulateur, il peut s'avérer un défaut de mise en œuvre des décisions de l'autorité nationale de régulation. Cette situation incite certains régulateurs à outrepasser les conditions nationales en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice sur le droit primaire de l'Union européenne et de l'article 226 du Traité. La durée des procédures d'appel contre les décisions des régulateurs dans un nombre significatif d'Etats membres est allongée parfois par la suspension automatique des décisions du régulateur en cas d'appel. Les coûts associés au contrôle et aux procédures d'appel deviennent alors des éléments de calcul pour les pouvoirs publics et les acteurs privés. L'opportunisme qui en résulte influence fortement le comportement des différentes parties prenantes.

Les régulateurs nationaux et la Commission européenne se trouvent en position antagoniste lorsque celle-ci ouvre la phase II de la procédure conduisant à un veto. En effet, sur les 140 mesures notifiées au 31 janvier 2005, cinq ont été retirées : trois à la suite d'un veto[143] et deux par un retrait volontaire du régulateur pour éviter l'ouverture par la Commission européenne de la procédure conduisant à un veto. Les retraits volontaires par les régulateurs ne permettent pas l'accès aux motivations des différentes positions et rendent ainsi les procédures moins transparentes. De plus, ils sont symptomatiques de la volonté de certains régulateurs d'éviter à tout prix de subir le veto

[143] Sur les trois vetos de la Commission européenne, deux concernaient des décisions de FICORA (Finlande) à propos des marchés de détail des services téléphoniques internationaux résidentiels et professionnels. Le dernier veto visait TKK (Autriche) pour la notification du marché du transit.

de la Commission européenne. Cependant, il n'est pas certain que ce genre de retrait volontaire se généralise. En effet, certains régulateurs fondent leurs analyses de marché sur une profonde conviction et peuvent préférer tenir à leurs principes malgré un possible veto plutôt que d'y déroger. En outre, un veto peut aussi permettre à un régulateur de justifier sur le plan interne l'impossibilité (ou l'obligation) de réguler un marché.

2.3. Une évaluation des coûts de la coordination entre les régulateurs

Les sources des coûts de coordination ayant été identifiées à la sous-section précédente, nous tentons à présent d'évaluer ces coûts. La coordination entre les régulateurs nationaux requiert des moyens humains et financiers conséquents. Les ressources et le temps consacrés par les régulateurs au fonctionnement du GRE et du GRI sont croissants et significatifs du travail en réseau des autorités nationales de régulation.

2.3.1. Les coûts de coordination de la mise en réseau

Etant donné l'ampleur et la complexité du dispositif réglementaire européen, il n'est pas aisé de faire un bilan exhaustif des coûts de coordination. Tous ces coûts ne sont pas directement quantifiables, notamment en raison de l'absence de données chiffrées. Par ailleurs, cette évaluation est aussi délicate étant donné les enjeux institutionnels sous-jacents au débat relatif à la régulation centralisée versus la régulation décentralisée.

Pour pallier cette contrainte, nous proposons de restreindre notre évaluation aux coûts de la coordination entre les régulateurs au sein du GRI et du GRE. Cette coordination requiert des moyens humains et financiers conséquents de la part des 33 autorités nationales de régulation qui en sont membres.

Les données disponibles ne couvrent que les années 2003 et 2004, c'est-à-dire les deux premières années d'exercice de la mise en réseau des régulateurs nationaux sous l'égide de la Commission européenne. Il semble qu'à partir de l'année 2005, les régulateurs aient renoncé à publier toute information sur ce sujet, probablement pour éviter que ces informations ne soient interprétées en leur défaveur.

A partir des rapports d'activités du GRE pour les années 2003 et 2004, nous avons évalué les ressources et le temps consacrés par les régulateurs nationaux au fonctionnement du GRE et du GRI, notamment le nombre total d'heures qui ont été consacrées aux travaux communs, tels que la préparation et la participation aux réunions plénières annuelles, ainsi qu'à la préparation, à la lecture et à la discussion des notes de position au sein des groupes de travail du GRI.

2.3.2. Des coûts politiques et administratifs croissants

Le dispositif de l'analyse des marchés a nécessité de la part des régulateurs nationaux comme de la Commission européenne des investissements organisationnels et en capacité d'analyse conséquents.

En 2003, le temps total rapporté par 14 régulateurs sur 15 est approximativement de 20000 heures de travail. Cela représente 500 semaines ouvrables, soit environ 12 personnes employées à plein temps, sans tenir compte du fonctionnement du Secrétariat du GRE qui comprend trois personnes à plein temps. Le temps de travail moyen consacré par autorité de régulation est ainsi de 1430 heures.

En 2004, les données montrent une augmentation importante de la participation des régulateurs aux travaux communs. Au total, 66000 heures de travail ont été consacrées aux travaux du GRE par 25 régulateurs membres, soit 40 personnes employées à plein temps, à l'exclusion du secrétariat du GRE. Le temps de travail moyen par autorité de régulation a augmenté de 85% à 2640 heures. Les dépenses financières directes comptabilisées par 22 régulateurs s'élèvent à 710000 euros, soit en moyenne à 32000 euros par autorité de régulation.

A la lumière de ces estimations chiffrées, il apparaît que le véritable coût du dispositif réglementaire européen n'échoit pas directement à la Commission européenne, mais bien aux régulateurs nationaux qui doivent se plier aux procédures administratives et de contrôle propres à la régulation des marchés. Ce n'est pas seulement le coût économique, mais aussi le coût politique et administratif de l'application des règles juridiques qui est ainsi supporté, directement ou indirectement, par les Etats membres.

A cet égard, une question mérite d'être relevée dans le cadre de la présente étude. On peut se demander dans quelle mesure les administrations des Etats membres peuvent – ou même doivent – être considérées comme des organes de l'Union. Dans la mesure où elles participent à la fonction administrative de l'Union, ces administrations peuvent-elles encore être considérées exclusivement comme des organes des Etats membres ? Autrement dit, y a-t-il un dédoublement fonctionnel des administrations qui participent à l'exercice de la fonction régulatrice nationale en même temps qu'à l'exercice de la fonction régulatrice européenne ? Ces questions participent à notre réflexion sur l'organisation de la régulation dans l'Union européenne. Nous tenterons d'y répondre aux deux derniers chapitres.

Conclusion de la deuxième section

Nous avons étudié selon l'approche de la théorie des coûts de transaction les caractéristiques et l'efficacité relative du dispositif de coordination réglementaire mis en œuvre dans le cadre de la régulation des marchés.

Dans un premier temps, nous avons montré que le dispositif de coordination est soumis à une contrainte de temps très forte et à l'incertitude, en raison de l'exigence d'équité qui se porte à la fois sur le déroulement des procédures et sur la substance des décisions. Au regard de l'évolution rapide des marchés de communications électroniques, l'efficacité et la pertinence du dispositif de coordination dépendent fortement des délais et des conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

Dans un deuxième temps, nous avons montré que les attributs des relations réglementaires sont source de coûts de coordination. Le respect des procédures de consultation et de prénotification, souvent longues, passe par l'observation de règles de conduites prescrites jusque dans les détails par les directives. Les coûts de coordination en résultant reflètent l'organisation des pouvoirs réglementaires et la répartition des compétences d'exécution et de contrôle entre les institutions nationales et communautaires. Le processus de l'analyse des marchés implique du temps et des ressources importantes de la part des régulateurs et de l'industrie. Tandis que les décisions fondées sur des preuves sont essentielles au regard du cadre réglementaire, les procédures de l'article 7 nécessitent du temps et des ressources importantes au delà de celles nécessaires pour accomplir une consultation nationale efficace.

Enfin, bien qu'il soit difficile de quantifier précisément les coûts de la coordination entre les régulateurs nationaux, nous avons montré que les ressources et le temps consacrés au fonctionnement du GRE et du GRI sont croissants. Ces coûts sont significatifs de la montée en puissance de la mise en réseau des régulateurs nationaux, à tel point qu'un dédoublement fonctionnel de la régulation apparaît entre les niveaux national et européen de gouvernance.

CONCLUSION DU CHAPITRE 5

Dans ce chapitre, nous avons choisi comme objet d'analyse l'enchaînement des relations réglementaires mises en œuvre dans le cadre de la régulation des marchés pertinents.

Le dispositif de coordination réglementaire s'articule en plusieurs étapes dont l'enchaînement implique la participation de plusieurs institutions aux niveaux national et européen. La durée de chaque étape introduit des risques de déphasage entre les contraintes temporelles de l'analyse des marchés et la mise en place des consultations et des prénotifications auprès des instances européennes et nationales. Les relations de nature contractuelle entre les institutions communautaires et nationales reposent sur des échanges d'informations relatives aux caractéristiques des marchés. Elles forment un écheveau complexe, propice à une analyse en termes de coûts de coordination et de spécificité temporelle.

Suivant la méthode de la théorie des coûts de transaction, nous avons étudié les caractéristiques et l'efficacité relative du dispositif de coordination réglementaire mis en œuvre dans le cadre de la régulation des marchés pertinents. Pour cela, nous avons identifié les attributs et les coûts de transaction que la coordination réglementaire induit. Nous avons montré que la complexité des mécanismes de notification par les régulateurs nationaux est aggravée par l'absence de délais impératifs et la longueur excessive du processus global d'analyse.

CHAPITRE 6.
LA COMPARAISON DES DISPOSITIFS INSTITUTIONNELS RÉALISABLES

"There is no one, all-purpose, superior form of organization. Transactions vary in their attributes; governance structures vary in costs and competencies; efficient alignment is where the predictive action resides."

WILLIAMSON [1998] p. 46.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 6

Au chapitre précédent, nous avons analysé l'efficacité du dispositif européen de coordination réglementaire en étudiant les caractéristiques des relations mises en œuvre pour réguler les marchés. Nous en avons conclu que le dispositif présente plusieurs problèmes relatifs à la longueur excessive du processus global des analyses réalisées par les autorités nationales de régulation.

Dans ce chapitre, nous tentons de répondre à la question de savoir si, et si oui comment, une plus grande cohérence dans la réalisation des analyses de marchés peut être obtenue. Pour ce faire, nous proposons une palette de structures de gouvernance réalisables, susceptibles de répondre aux enjeux d'une régulation européenne des marchés de communications électroniques. Notre démarche consiste à établir une typologie des structures de gouvernance réalisables et, conformément à l'approche théorique que nous avons retenue, à y associer les types de contrats correspondants. Les caractéristiques contractuelles des structures de gouvernance réglementaires ainsi mises en évidence nous seront utiles, au Chapitre 7, pour choisir celle la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés.

Nous considérons trois catégories de structures de gouvernance, la régulation, la corégulation et l'autorégulation, et mettons en évidence leurs caractéristiques contractuelles respectives. Ces structures de gouvernance sont autant de formes d'organisation des pouvoirs de décision et de contrôle sur les marchés. Parmi elles, il convient de choisir celle pour laquelle la somme des coûts de coordination est relativement la plus faible. L'objectif de ce chapitre est de comparer ces structures de gouvernance à l'aune du degré de minimisation des coûts de coordination qu'elles permettent.

La plupart des études portant sur la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des communications électroniques ne proposent pas de méthode pour comparer les structures de gouvernance. Elles se bornent soit à partir de l'hypothèse qu'une fonction de régulation européenne est la meilleure solution (STOFFAËS [2003]), soit à identifier les freins réglementaires (*regulatory brakes*) grevant la régulation des marchés (DE STREEL [2004]). Par ailleurs, les études réalisées pour déterminer si un organe européen serait souhaitable ont été critiquées pour leur faiblesse

méthodologique, voire parfois pour leur position politique partisane[144] (GERADIN et PETIT [2005]).

Nous proposons d'appliquer la méthode de la théorie des coûts de transaction qui consiste à analyser la manière dont les structures de gouvernance économisent sur les coûts de coordination (SIMON [1978] pp. 6-7), et à comparer les avantages et les inconvénients de chacune d'elles (WILLIAMSON [2000b] pp. 9-17). Les organisations alternatives comparées ne sont pas toutes également réalisables. Nous mettons en balance les formes existantes par rapport aux formes potentielles. Pour ce faire, nous identifions les problèmes de coordination associés à chacune des structures de gouvernance candidates, et nous analysons leurs performances organisationnelles à l'aune des caractéristiques de la régulation des marchés. De cette façon, nous mettons en correspondance les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents avec les caractéristiques des structures de gouvernance réalisables.

Notre démarche emprunte la méthode d'analyse discrète comparative des théoriciens des coûts de transaction (WILLIAMSON [1976 ; 1991 ; 1999]). Elle est originale à deux titres, au plan de la méthode et au plan opérationnel. Au plan méthodologique, elle met en balance les avantages et les inconvénients des structures de gouvernance, sans présumer de l'efficacité d'une structure de gouvernance en particulier. Au plan opérationnel, notre démarche considère l'influence des dotations de l'environnement institutionnel européen, qui peuvent interdire ou rendre inefficaces certaines structures de gouvernance.

Les questions posées dans ce chapitre sont les suivantes :

- Quels sont les avantages et les inconvénients associés à chaque structure de gouvernance réalisable ?
- Quels risques d'opportunisme les structures de gouvernance identifiées présentent-elles ?

Nous apportons les réponses à ces questions en découpant ce chapitre en deux sections. La section 1 élabore une typologie originale des structures de gouvernance réalisables, et leur associe des caractéristiques contractuelles dans l'optique d'une régulation européenne. La section 2 compare les différentes structures de gouvernance

[144] Parmi ces études, citons les rapports Hall [1997] et Forrester, Norall et Sutton [1995].

sur le fondement des avantages et des inconvénients des formes organisationnelles qui leur sont respectivement associées. Elle aboutit à une comparaison globale des caractéristiques des structures de gouvernance, éclairée par la mise en évidence des risques d'opportunisme qu'elles présentent.

SECTION 1. LES STRUCTURES DE GOUVERNANCE RÉALISABLES

A la lumière de notre étude sur l'efficacité des relations réglementaires régissant l'analyse des marchés, la question se pose de savoir si, et si oui comment, une plus grande cohérence dans l'application des obligations réglementaires peut être obtenue. L'objectif de cette section est par conséquent d'établir une palette de structures de gouvernance réalisables susceptibles d'encadrer la régulation des marchés.

La première étape de notre démarche consiste à établir une typologie des structures de gouvernance, selon les modes de mise en œuvre de la régulation et les types d'agents en charge de cette mise en œuvre. Les dispositifs institutionnels que nous obtenons reflètent les différentes manières de pouvoir organiser les relations entre les pouvoirs publics et les entreprises (section 1.1.). La deuxième étape de notre démarche consiste à analyser les caractéristiques des principales catégories de structures de gouvernance en y associant un certain type de contrat, conformément à l'approche théorique des coûts de transaction que nous avons retenue (section 1.2.). La mise en évidence des caractéristiques contractuelles des structures de gouvernance nous sera utile, au Chapitre 7, pour choisir celle la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents.

1.1. Une typologie des structures de gouvernance de la régulation

Avant de présenter notre typologie des structures de gouvernance de la régulation, il nous paraît nécessaire de souligner l'apport de notre démarche. Celle-ci s'inscrit dans les travaux qui questionnent la correspondance entre l'organisation des marchés et le contexte territorial de la régulation. Son originalité tient au fait qu'elle tente d'appréhender la dimension supranationale de la gouvernance de la régulation des marchés de communications électroniques.

1.1.1. La dimension supranationale de la gouvernance de la régulation des marchés

Dans la littérature, la gouvernance de la régulation des marchés de services publics de réseau se trouve souvent cantonnée à l'Etat - nation. Les études comparant les Etats européens (WALRAVE [1995] ; VANDAMME et MENSBRUGGHE [1998] ; HENRY [1999] ; CURIEN [2001] ; OCDE [2001]), n'appréhendent que rarement la dimension supranationale de la régulation, alors que des marchés d'envergure européenne, voire mondiale, se constituent.

La disjonction entre l'espace géographique des marchés et l'espace géographique des Etats (FRISON-ROCHE [2001b]) pose la question de faire correspondre l'organisation des marchés et le contexte territorial de la régulation (GERARD-VARET et PAUL [1998]). Certaines études proposent certes un choix de dispositifs institutionnels, mais elles ne prennent pas en compte la complexité des interactions entre les institutions nationales et communautaires, ni l'influence des entreprises dans la mise en œuvre des règles de la régulation des marchés (HENRY, MATHEU et JEUNEMAITRE [2001]).

D'autres études se contentent de distinguer les modes de mise en œuvre de la régulation en fonction seulement de l'emprise territoriale des différents types de réseaux de communications électroniques (STOFFAËS [2003]). Or le paysage des communications électroniques est en proie à une profonde recomposition structurelle, laissant présager que les segmentations et les nomenclatures dans lesquelles ces marchés sont aujourd'hui analysés au plan statistique atteindront bientôt leur limite de pertinence.

1.1.2. Les implications en matière de gouvernance réglementaire

Envisager la régulation comme un phénomène complexe et multicentré a pour conséquence que l'autorité n'est plus principalement l'autorité formelle que confère la délégation légale d'un pouvoir. L'autorité est repensée à l'intérieur d'un cadre dans lequel la régulation est coproduite par des acteurs autonomes, où tant la production des connaissances que le contrôle et l'autorité elle-même sont fragmentés. Cette fragmentation et cette complexification font que l'information peut subir des déformations en étant traitée et interprétée par une succession d'acteurs. L'autorité

devient alors une ressource parmi d'autres - comme les moyens financiers, l'information ou l'expertise - mobilisable dans l'exercice de production des règles ou de sanction.

L'autorité ainsi conçue comme la capacité d'influencer en pratique les comportements est à la fois déterminante des performances de la régulation et nécessairement contestée puisque différents acteurs en jugent suivant des critères différents. Pour les uns, c'est l'expertise technique qui est primordiale alors que pour les autres c'est l'efficacité et, pour d'autres encore, la régularité procédurale des décisions. Elle est en outre problématique au regard d'une conception classique de la légitimité politique puisque celle-ci correspond à un modèle centralisé.

1.1.3. La palette des dispositifs institutionnels réalisables

Notre démarche, quant à elle, distingue les structures de gouvernance susceptibles d'être adoptées selon deux attributs : les modes de mise en œuvre de la régulation des marchés d'une part, et les types d'agents en charge de cette mise en œuvre d'autre part. Le tableau n°17 ci-après présente notre typologie des structures réalisables de gouvernance de la régulation.

Le tableau se lit de la manière suivante. Le mode de mise en œuvre de la régulation peut être centralisé au niveau des institutions européennes ou polycentrique, i.e. éclaté au niveau des institutions nationales. Les agents régulateurs peuvent être les pouvoirs publics ou les entreprises. Comme les attributs sont plus complexes que les formes polaires dégagées dans cette typologie (centralisé ou polycentrique ; pouvoirs publics ou entreprises) (BALDWIN et CAVE [1999] p. 126), nous tenons compte de la possibilité de la présence simultanée des deux modes de mise en œuvre d'une part, et des deux types d'agents régulateurs d'autre part. Nous introduisons par conséquent un troisième type d'agent régulateur et un troisième mode de mise en œuvre, qualifié de coordonné, qui consiste en la coordination des pouvoirs publics et des entreprises. Chaque catégorie de structures de gouvernance se décline en mode de mise en œuvre centralisé, coordonné et polycentrique. Il en résulte une palette de neuf dispositifs institutionnels, qui reflète les différentes façons de pouvoir organiser les relations entre les pouvoirs publics et les entreprises pour réguler les marchés.

Tableau n°17 : Une typologie des structures de gouvernance réalisables

Les modes de mise en œuvre (niveau institutionnel)	**Les types d'agents régulateurs**		
	Pouvoirs publics	**Coordination des pouvoirs publics et des entreprises**	**Entreprises**
Centralisé (européen)	**Régulation** *centralisée* (mise en œuvre exogène centralisée)	**Corégulation** *centralisée* (mise en œuvre conjointe centralisée)	**Autorégulation** *centralisée* (mise en œuvre endogène centralisée)
Coordonné (européen et national)	**Régulation** *coordonnée* (mise en œuvre exogène coordonnée)	**Corégulation** *coordonnée* (mise en œuvre conjointe coordonnée)	**Autorégulation** *coordonnée* (mise en œuvre endogène coordonnée)
Polycentrique (national)	**Régulation** *polycentrique* (mise en œuvre exogène polycentrique)	**Corégulation** *polycentrique* (mise en œuvre conjointe polycentrique)	**Autorégulation** *polycentrique* (mise en œuvre endogène polycentrique)

Le croisement des types d'agents régulateurs et des modes de mise en œuvre nous permet de distinguer trois principales catégories de structures de gouvernance que nous désignons par les termes de régulation, de corégulation et d'autorégulation. Ainsi, si l'agent régulateur n'a pas les moyens d'édicter une règle de manière unilatérale, c'est-à-dire sans l'accord des entreprises (régulation), autant qu'il partage son pouvoir pour fixer les règles avec les entreprises (corégulation), voire qu'il laisse tout ou partie de son pouvoir aux entreprises (autorégulation), ces différents modes prenant la forme de la contractualisation. Ce qui est alors désigné comme « contrat de régulation » est davantage une part laissée aux opérateurs dans le dispositif de régulation.

1.2. Les caractéristiques contractuelles des dispositifs institutionnels

La deuxième étape de notre démarche consiste, conformément au cadre théorique que nous avons retenu, à associer un certain type de contrat aux différents dispositifs institutionnels identifiés. Nous attribuons à la régulation trois types de contrats distincts selon les modes de sa mise en œuvre : un contrat de subordination, un contrat néo-classique et un contrat relationnel. A la corégulation nous faisons correspondre un

contrat de long terme qui sert la coordination entre les pouvoirs publics et les entreprises. Quant à l'autorégulation, elle se présente sous la forme d'une endogénéisation de la régulation qui, selon nous, requiert un contrat dit de coopétition entre les entreprises[145].

1.2.1. La régulation : une mise en réseau des pouvoirs publics

D'après notre typologie, la structure de gouvernance de la régulation se décline en trois variantes institutionnelles. A chacune de ces variantes, nous associons un certain type de contrat qui régit les relations entre les institutions :

- un contrat de subordination pour la régulation centralisée au niveau des institutions européennes ;
- un contrat néo-classique pour la régulation coordonnée entre les institutions européennes et les institutions nationales ;
- un contrat relationnel pour la régulation polycentrique au niveau des institutions nationales mises en réseau.

La description de chaque association « contrat – régulation » nous conduit à poser plusieurs questions quant à la pertinence et à la faisabilité des structures de gouvernance de la régulation identifiées. Ces interrogations auxquelles nous répondrons au septième et dernier chapitre de cette thèse participent à notre réflexion sur la pertinence des structures de gouvernance pour encadrer la régulation des marchés.

1.2.1.1. Contrat de subordination et régulation centralisée

La régulation centralisée permet au titulaire du pouvoir de décider seul de manière unilatérale. Cela n'exclut pas les discussions ou les consultations avec les acteurs du marché, mais conduit les entreprises à finalement s'incliner, l'obéissance étant alors le degré zéro de l'action. La régulation centralisée prend alors la forme d'un contrat de subordination.

[145] Le terme coopétition, contraction de coopération et de compétition, s'emploie lorsque des entreprises en concurrence coopèrent entre elles pour atteindre un objectif défini ensemble, mettre en commun des investissements ou d'autres ressources, le plus souvent pour se partager des économies d'échelle (NALEBUFF et BRANDENBURGER [1996]).

L'intérêt poursuivi par le régulateur, pour la satisfaction duquel il a été établi, ne se retrouve pas dans la seule somme de l'intérêt des entreprises. L'action du régulateur se concentre sur les activités essentielles, là où il y a une valeur ajoutée au niveau communautaire, et décentralise les autres aspects en les confiant aux régulateurs nationaux.

La régulation centralisée des marchés de communications électroniques au niveau européen soulève la question de la légitimité et de la faisabilité de cette structure de gouvernance : peut-on cumuler toutes les fonctions réglementaires, dont celles, notamment, de proposer les principes réglementaires, de réaliser et de contrôler la mise en œuvre des analyses de marchés, et d'appliquer les règles de concurrence ?

1.2.1.2. Contrat néo-classique et régulation coordonnée

C'est la multiplication des niveaux de décision qui permet d'évoquer une régulation coordonnée. La particularité de la régulation coordonnée réside dans l'articulation entre des règles principalement communautaires et des autorités de régulation dont le domaine de compétences est essentiellement national (COMMAILLE et JOBERT [1998] p. 15 ; FRISON-ROCHE [2001b]).

Le pouvoir de décider est partagé entre plusieurs institutions participant à la formulation et à la mise en œuvre de la régulation. Celles-ci coordonnent leurs efforts pour résoudre des problèmes de régulation dans le respect de leurs droits de propriété politique et de leurs intérêts respectifs, à la fois distincts et complémentaires.

La régulation coordonnée des marchés de communications électroniques pose le problème de l'articulation des compétences partagées et de la répartition des responsabilités entre acteurs aux deux niveaux institutionnels, européen et national. En cas de conflit entre les juridictions, quel est l'organe habilité à trancher ?

1.2.1.3. Contrat relationnel et régulation polycentrique

La régulation polycentrique prend forme avec la multiplicité des régulateurs qui interagissent avant tout entre eux et sont, à ce titre, émetteurs et récepteurs d'externalités. La confiance est un élément important de leur relation. Or cette confiance se construit progressivement au gré des interactions, et se fonde sur la réputation.

La confiance et la réputation sont des substituts à l'impossibilité de définir des contrats incitatifs « complets ». Entre des parties qui se font confiance, il existe un contrat dit *relationnel*[146], permettant d'adapter les conduites aux circonstances présentes (HENRY [1997]). Les régulateurs disposent d'une marge d'appréciation sans cependant avoir distingué tous les cas qui pourraient se présenter, du fait de leur rationalité limitée.

La régulation polycentrique pose les questions du manque de visibilité, de l'absence de légitimité des régulateurs ainsi que de la faiblesse de leurs pouvoirs de décision. L'application polycentrique des règles ne crée-t-elle pas des risques de disparité dans la manière dont elles sont appliquées ? Elle peut par exemple brouiller les responsabilités entre les organes de régulation et les organes chargés de contrôler la concurrence. Une telle compétition entre les institutions entraîne des coûts relatifs à la duplication des investigations et à la coordination des politiques.

1.2.2. La corégulation : un contrat de long terme entre les pouvoirs publics et les entreprises

La corégulation renvoie à l'idée que le régulateur intègre à part égale les destinataires dans l'élaboration de la règle qui devient alors leur chose commune, atténuant non seulement la distance entre le régulateur et les régulés, mais encore la différence de nature entre eux. La corégulation est fréquemment considérée comme une alternative à la législation traditionnelle (COMMAILLE et JOBERT [1998] p. 17). Les régulés sont des partenaires de l'action publique dans le long terme. Coproducteurs de règles, ils participent d'une construction collective de compromis.

[146] Ce type de contrat rassure sur le respect des engagements pris et amène à servir les intérêts des partenaires sans prétendre à une contrepartie précise pour chaque service rendu. Plus la confiance est grande, moins il y a nécessité d'une formulation et de garanties précises, les parties étant alors raisonnablement assurées que leurs intérêts seront dûment pris en considération dans des circonstances non spécifiquement prévues (HENRY [1997]).

1.2.2.1. La construction collective de compromis

Dans un régime de corégulation, la responsabilité réglementaire est partagée entre les pouvoirs publics et les entreprises. Elle intervient par le biais d'une référence législative ou de l'acceptation d'un code de pratiques. En règle générale, les entrepreneurs, ou une forte proportion de participants des secteurs industriels, formulent un code de pratiques en consultation avec les pouvoirs publics. Tout manquement au code est passible de sanctions imposées par l'industrie ou par des organisations professionnelles, et non directement par les pouvoirs publics. Cette approche permet à un secteur de tenir le premier rôle dans la réglementation de ses membres en fixant des normes et en encourageant une plus grande responsabilité sur le plan de la performance. Elle profite par ailleurs des compétences et des connaissances propres aux milieux d'affaires et aux associations professionnelles (OCDE [2003] p. 147).

En matière de corégulation, le législateur européen se centre sur la définition d'exigences essentielles, et laisse aux associations ou aux comités de normalisation le soin d'en préciser les données et les spécifications techniques (CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN [2005] p. 8). La corégulation associe ainsi les bénéficiaires de l'intervention publique pour contribuer à la définition des objectifs de la régulation par leurs pressions. Elle permet dans le cadre d'un acte législatif de renvoyer la mise en œuvre des objectifs définis par le Législateur aux mesures relevant des parties prenantes reconnues dans le domaine en mettant à profit leur expérience pratique. Cette forme de coordination et de coopération est fréquente dans le domaine des industries de réseau pour permettre à l'ensemble des parties de se rencontrer dans un cadre européen et de parvenir à des positions convergentes sur des questions concernant les transactions transfrontalières. Le régulateur s'engage sur des sujets particuliers pour faciliter la collaboration, représenter sa position ou instaurer la discussion. Cela peut permettre de réduire le besoin d'une intervention ultérieure.

1.2.2.2. La corégulation des marchés de communications électroniques en question

La corégulation des marchés de communications électroniques comporte trois aspects. Tout d'abord, il y a la question des rôles et de la participation des acteurs publics et privés. La corégulation est une méthode pour atteindre les objectifs finaux (choix des moyens) imposés par l'autorité publique. Elle favorise la réalisation des résultats et non pas les moyens employés pour arriver aux résultats. Est-il question pour autant de répartir les responsabilités de régulation suivant les marchés pertinents ou de reconnaître un leadership aux opérateurs économiques ?

Deuxièmement, il est utile que tous ceux dont la conduite risque d'être affectée directement ou indirectement disposent de la même voix dans la détermination du contenu de la mesure réglementaire. Mais, jusqu'où les acteurs publics et privés sont-ils capables de s'entendre pour élaborer conjointement les règles de procédures des analyses de marchés pertinents ?

La dernière question touche à la représentativité et à la responsabilité des participants aux consultations du régulateur. Pour que ces consultations aient un sens, il faut que tous les participants aient la capacité d'y participer. Dans ces conditions, quid des acteurs les moins puissants ? Par ailleurs, comment assurer l'efficacité du suivi et des sanctions ainsi que des conditions de compatibilité avec l'ensemble des règles légales existantes et des exigences d'un encadrement législatif adéquat ?

1.2.3. L'autorégulation : un contrat de coopétition entre les entreprises

L'autorégulation consiste en l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées, sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques, et dont ils assurent eux-mêmes l'application en dehors de toute intervention publique (BARTLE et MÜLLER [2000] p. 8). Ce système apparaît alors comme polycentrique, non hiérarchique, et confère à ces règles un caractère auto-exécutable. L'autorégulation renvoie aux formes juridiquement instituées de régulation de secteurs ou d'activités qui fonctionnent sans encadrement administratif propre. Par exemple, certaines professions ou associations se fixent, sans intervention *a priori* ni invitation particulière du législateur européen, des règles de conduite au sein du Marché unique (CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN [2005] p. 8).

1.2.3.1. Des mécanismes de création endogène de droits de propriété

Dans le cadre de l'autorégulation, un arbitrage s'opère entre le coût d'établissement et de mise en œuvre des règles et les bénéfices qu'elles apportent. La littérature économique a recensé plusieurs cas de création endogène de droits de propriété ou d'autres systèmes de règles indispensables à l'échange à travers des accords d'autorégulation, par exemple les premiers phares maritimes anglais (COASE [1974]). Des marchés peuvent s'auto-organiser à partir d'un accord préalable sur des règles communes, car ces accords vont permettre aux futurs co-échangistes de gagner en efficacité en dépit du coût de conception et d'exécution de ces règles. Leur respect n'est pas imposé de l'extérieur, mais découle de l'intérêt bien compris de chacun (BROUSSEAU [2003]).

Le contrôle des externalités peut être décentralisé par un procédé d'attribution du marché si un ensemble complet de droits de propriété est conçu et s'il n'y a aucun coût de transaction (COASE [1960]). Il suit que si ces conditions spécifiques ne s'appliquent pas, une répartition des ressources hors marché peut être mise en œuvre pour essayer de résoudre des échecs du marché. L'autorégulation apparaît alors comme un mécanisme hors marché. Aussi longtemps que la taille et la nature d'une communauté permettent une circulation efficace de l'information parmi ses membres et l'exécution d'une menace crédible (telle que l'ostracisme) de punir ceux qui violent ses règles constitutives, une communauté peut éliminer les différents comportements qui auront comme conséquence une exploitation opportuniste des externalités (BROUSSEAU [2001] p. 10).

1.2.3.2. L'autorégulation des marchés de communications électroniques en question

Concernant le secteur des communications électroniques, la question de l'autorégulation comporte deux aspects. D'abord, il y a celui du fonctionnement des marchés : les intervenants sur les marchés peuvent-ils régler leurs différends sans recourir à un tiers ? Ensuite, il y a la question de l'efficacité de l'analyse des marchés. Pour que cette analyse soit probante, un accord est nécessaire sur un nombre minimal de règles de procédures. Ces règles peuvent-elles être définies de manière endogène ? Quelles sont les capacités d'autorégulation des acteurs ? Les entreprises peuvent-elles

s'accorder pour mettre au point des règles communes instituant de toutes pièces les analyses de marchés pertinents sans l'aide d'un tiers ?

La régulation endogène des marchés implique une forte convergence d'intérêts entre les entreprises et peu de conflits commerciaux importants (BUCKLEY [2003] p. 54). L'efficacité du dispositif d'autorégulation diminue quand le nombre d'entreprises devient plus important et les entreprises plus diversifiées. En effet, chaque contrevenant est moins visible, car l'information circule moins efficacement. Par ailleurs, chaque membre a peu d'incitations à se venger, puisque toute action individuelle est coûteuse et également peu évidente (MILGROM, NORTH et WEINGAST [1990]).

Si les intérêts des entreprises sont divergents, comme ils le sont d'ordinaire, il faut que l'entreprise puissante dépasse le souci d'elle-même pour prendre en charge l'intérêt des autres, voire l'intérêt du secteur. La vraisemblance de cette assertion renvoie à l'idée que les entreprises se définissent elles-mêmes comme « socialement responsables », se hissant à l'action désintéressée que l'on attribue d'ordinaire à l'Etat. Il peut encore être le fruit d'un calcul à plus long terme, les conflits d'intérêts pouvant être gérés si cela est le gage d'un développement pérenne du secteur, moyen d'enrichissement des opérateurs (FRISON-ROCHE [2005] p. 7). Toutefois, encore faut-il que les opérateurs puissants aient intérêt au déploiement du secteur. Cela est moins net lorsqu'il s'agit du secteur des communications électroniques, dans lequel l'opérateur puissant n'a pas intérêt au développement de la concurrence qui diminue sa position. L'autorégulation suppose à la fois la transparence et un sens de l'impartialité qui dépasse les conflits d'intérêts.

Conclusion de la première section

Dans cette première section, nous avons appréhendé la régulation dans sa dimension supranationale pour nous interroger sur la manière de faire correspondre l'organisation des marchés et le contexte territorial de la régulation.

Nous avons proposé une typologie des dispositifs institutionnels susceptibles d'encadrer les relations réglementaires mises en œuvre pour réguler les marchés pertinents. Cette typologie est axée sur trois principales catégories de structures de gouvernance réalisables : la régulation, la corégulation et l'autorégulation.

Conformément au cadre théorique des coûts de transaction, nous avons associé un certain type de contrat aux différents dispositifs institutionnels de la régulation identifiés. La description de chaque association « type de contrat – forme de régulation » nous a conduit à questionner la pertinence et la faisabilité des structures de gouvernance de la régulation identifiées.

SECTION 2. LA COMPARAISON DES STRUCTURES DE GOUVERNANCE

Afin de comparer les structures de gouvernance identifiées à la section précédente que sont la régulation, la corégulation et l'autorégulation, nous associons une forme organisationnelle à chacune d'elles (section 2.1.). Cela nous permet de comparer les avantages et les inconvénients des structures de gouvernance en termes de performances organisationnelles (section 2.2.). Par cette démarche, nous défendons l'idée que le « faire ou faire faire » relatif à l'intégration verticale dans la théorie des coûts de transaction, et le « réguler ou faire réguler » relatif à la gouvernance d'un marché de services publics de réseau sont, dans une certaine mesure, dans un rapport d'analogie. Le choix entre l'une ou l'autre structure de gouvernance dépend de l'analyse comparative des performances organisationnelles (section 2.3.).

2.1. Les formes organisationnelles associées aux structures de gouvernance

Dans les développements suivants, nous associons une forme organisationnelle à chaque structure de gouvernance candidate, dont nous décrivons les caractéristiques et comparons les avantages et les inconvénients, selon les trois critères suivants :

- l'application uniforme et / ou équitable des règles dans l'Union européenne ;
- la prise en compte des spécificités nationales ;
- la flexibilité et la proximité de la régulation aux marchés.

Ces critères permettent de nuancer l'analyse. En effet, le choix d'une autorité de régulation européenne centralisée peut sembler logique à première vue. Elle présente l'avantage de supprimer le risque de conflits entre les diverses autorités dans les prises de décision en raison d'une distribution ambiguë des rôles et des pouvoirs (BUIGUES, GUERSENT et PONS [2001] p. 277). Toutefois, il semble que les inconvénients d'un système centralisé de régulation, sous la forme d'un régulateur unique européen par exemple, soient plus importants que les avantages. Le choix de cette option peut en effet se révéler contreproductive en diminuant la légitimité et l'acceptabilité politique du

dispositif de régulation, et en élargissant l'écart entre le niveau de régulation et les problèmes concrets auxquels font face les acteurs économiques.

A contrario, une structure fragmentée d'institutions de régulation est plus proche des marchés et des problèmes perçus, en respectant les traditions légales de chaque Etat membre. Cependant, la décentralisation de la mise en œuvre des règles peut créer un risque de disparité dans la façon d'appliquer les règles, au détriment d'une libre concurrence sur le marché européen intégré.

Dans la suite de cette sous-section, nous développons plus en détails cette analyse en considérant quatre cas de figure. Le premier concentre la fonction de régulation au niveau d'une autorité européenne sous la forme de la Commission européenne ou d'une agence européenne indépendante. Le second met en réseau la fonction de régulation par le truchement d'un réseau hiérarchique pour une régulation coordonnée ou d'un réseau autonome pour une régulation polycentrique. Le troisième désigne la corégulation pour laquelle les acteurs publics et privés partagent l'élaboration et le contrôle de l'exécution des règles. Le quatrième représente l'autorégulation à travers laquelle les entrepreneurs privés endogénéisent l'élaboration et la mise en œuvre des règles.

2.1.1. Une autorité européenne pour une régulation centralisée

Dans ce premier cas de figure, la fonction de régulation est centralisée au niveau européen. L'idée d'une fonction centralisée de la régulation à l'échelle européenne est récurrente dans la littérature relative au cadre réglementaire des communications électroniques (STOFFAËS [2003] ; CAVE et PROSPERETTI [2003] p. 86) et relativement ancienne (MAJONE [1998] ; BLONDEEL et KIESSLING [1998] p. 591). C'est, en effet, en juin 1994 que le Groupe de haut niveau pour la Société de l'Information, dans un rapport pour la réunion du Conseil européen de Corfou, a fait pour la première fois un plaidoyer pour la création d'un organe européen de régulation. Au printemps 1997, le Parlement européen, dans une procédure de conciliation sur la directive Interconnexion, a contraint le Conseil des ministres à accepter que la Commission européenne étudie les mérites d'un tel organe dans la perspective de la révision du cadre réglementaire devant être réalisée à partir de 1999 (MAJONE [1998] p. 371).

La création d'une autorité européenne de régulation a certes été portée à l'agenda politique, mais les opinions différèrent sur la structure et les pouvoirs de cette nouvelle instance régulatrice (PELKMANS [1997]). Les Gouvernements, incités par leurs opérateurs historiques nationaux, préférèrent adopter le principe de la déréglementation des services plutôt que d'organiser une séparation organique entre activités locales qui auraient pu relever de règles nationales, et activités internationales qui auraient pu relever de l'autorité communautaire (COHEN et LORENZI [2000]). Cette décision semble avoir relevé davantage de considérations politiques *ad hoc* que d'une réflexion sur l'utilité d'un organe européen de régulation (GERADIN et PETIT [2005] p. 8). Elle aurait en effet conduit à subordonner les autorités nationales de régulation à une autorité européenne.

En centralisant les décisions, le niveau européen peut sembler plus éloigné des pressions qui se manifestent au niveau national. Un décideur européen unique serait moins sujet à la pression de groupes d'intérêt nationaux, car il serait en général soumis à des pressions contradictoires, et donc inefficaces, de la part d'opérateurs concurrents. Par exemple dans le cas de réseaux paneuropéens, lorsque les intérêts des différents groupes de pression nationaux ne sont pas identiques d'un pays à l'autre, le niveau européen de gouvernance pourrait exploiter les conflits d'intérêts inhérents entre ces groupes de pression pour faire accepter des mesures qui sont bloquées au niveau national. De surcroît, la mission du régulateur européen pourrait être aisément définie selon des critères techniques et d'efficacité. Son objectif consisterait à superviser l'ensemble du processus de régulation et à discipliner l'activité des Directions générales de la Commission européenne en comparant le bénéfice social apporté par les réglementations qu'elles proposent avec leur coût économique.

La fonction de régulation centralisée au niveau européen pourrait être dévolue à la Commission européenne ou à une agence européenne indépendante de la Commission, dont nous analysons respectivement les avantages et les inconvénients dans les sous-sections ci-après.

2.1.1.1. Des fonctions de régulation attribuées à la Commission européenne

La première option organisationnelle consisterait à confier le pouvoir de régulation des marchés pertinents à la Commission européenne. Cette option présente trois avantages principaux.

Le premier avantage tient au fait que la Commission européenne jouit d'une vision globale des différents marchés européens des communications électroniques, ce qui lui confère une certaine crédibilité à laquelle les autorités nationales de régulation peuvent difficilement prétendre. A la différence de ces dernières, l'œuvre de régulation de la Commission européenne aurait vocation à s'appliquer à tous les marchés sur l'ensemble du territoire communautaire. Cela serait propre à garantir que la régulation est uniforme dans tous les Etats membres (DONY et SMITS [1998]).

Au titre du deuxième avantage, la Commission européenne concentrerait l'expertise nécessaire pour conduire des analyses de marchés de plus en plus complexes technologiquement et économiquement. La rareté de cette expertise plaiderait en faveur d'une centralisation accrue (TIROLE [1999] pp. 9-10), si ce n'est au niveau de la Commission européenne, du moins au niveau des instances communautaires.

Le troisième avantage tiendrait au fait que la Commission européenne est impliquée dans la régulation d'un grand nombre d'entreprises sur tout le territoire de l'Union. Elle a beaucoup plus à gagner qu'une autorité nationale à se montrer intransigeante dans n'importe quel cas individuel. En effet, ses atermoiements ruineraient sa crédibilité aux yeux d'un grand nombre d'entreprises. Ainsi, il est probable que la Commission européenne soit plus déterminée à appliquer des sanctions qu'un Etat membre, même si les coûts et les bénéfices directs liés à ces sanctions ne sont pas fondamentalement différents (GATSIOS et SEABRIGHT [1989] p. 50).

Cependant, on peut objecter au titre des inconvénients que la Commission européenne souffre de plusieurs problèmes fonctionnels et organisationnels grevant sa capacité à réguler les marchés. Etant donné que la Commission européenne est une entité collégiale, la coordination centralisée des politiques de régulation des différentes Directions générales est une tâche ardue. Depuis le Traité de Maastricht, le mode de nomination de la Commission européenne fait apparaître la nature politique du collège des Commissaires. Tout acte de la Commission ne peut être autre qu'un acte du collège, car les Commissaires n'ont ni pouvoir de décision individuel, ni pouvoir réglementaire.

La conséquence est que la notion de « portefeuille » d'un Commissaire n'est guère comparable à celle qui s'applique à un ministre national. Les difficultés de coordination inhérentes à l'exercice collégial de l'autorité administrative se matérialisent par le rôle particulier des cabinets de Commissaires et du Secrétariat général de la Commission au détriment des services des Directions générales (ZILLER [2004] p. 18). Cette situation peut déboucher sur des incohérences entre les différents programmes comme à l'intérieur d'un même programme, des arbitrages politiques discrétionnaires, une absence de procédures rationnelles de sélection des domaines d'action prioritaires, et une attention insuffisante accordée à l'efficacité de chaque règlement du point de vue des coûts (MAJONE [1996] p. 107).

En outre, la structure interne et les modalités d'action de la Commission européenne souffrent d'un détriplement fonctionnel. Le Collège des Commissaires et les services qui l'appuient participent à l'exercice de trois fonctions : une fonction normative du fait du monopole de proposition dont dispose la Commission ; une fonction judiciaire, car la Commission agit en tant que gardienne des Traités ; une fonction exécutive dans le domaine spécifique des règles de Concurrence, dans lequel la Commission tient son pouvoir d'exécution directement des Traités. L'absence de division organique entre l'exercice des différentes fonctions dans le même secteur de politiques ne manque pas de conduire à des conflits d'intérêts et à une certaine confusion dans la perception des rôles. C'est en effet la même Commission et la même direction générale qui doit d'une part forger un consensus pour l'élaboration d'une politique commune et d'autre part sanctionner dans le cadre de procédure en manquement. Cette ambivalence contribue à brouiller la perception des sources d'autorité de la Commission, d'autant plus que les gouvernements nationaux ne se privent pas d'attiser l'hostilité de leurs administrations vis-à-vis de cette dernière (ZILLER [2004] p. 19).

De surcroît, ce détriplement fonctionnel est l'une des origines du déficit de gestion dont souffre la Commission européenne. Dans la culture des services de la Commission, beaucoup plus encore que dans la plupart des administrations nationales, c'est en effet la participation à la fonction normative qui jouit du plus grand prestige, suivie par la participation à la fonction judiciaire, alors que la participation à la fonction administrative a longtemps été considérée comme mineure, par les fonctionnaires de la Commission comme par les Commissaires eux-mêmes. Il en résulte que la Commission

européenne demeure éloignée des réalités de la régulation au plan national. Si bien qu'elle ne serait capable en pratique que d'assurer le recollement et la diffusion de données sur la performance des différents régulateurs nationaux et sur l'évolution des marchés (BRACONNIER [2001] p. 52). En effet, le contrôle de la Commission européenne peut être grevé par des problèmes liés à la transmission des informations aux autorités nationales de régulation, ainsi qu'à l'apparition de dysfonctionnements lorsque s'allonge la chaîne hiérarchique des institutions réglementaires. Par ailleurs, le renforcement du rôle de la Commission européenne en matière de régulation ne peut être que limité en raison de l'état des ressources budgétaires et humaines de la Commission elle-même.

Les attributs de la Commission européenne comme forme organisationnelle pour piloter la fonction de régulation des marchés centralisée au niveau européen sont repris au tableau n°18 ci-après.

Tableau n°18 : Les attributs de la Commission européenne en tant qu'autorité de régulation

Autorité européenne de régulation		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
La Commission européenne s'organise en Directions générales et programmes Les décisions sont prises par le collège des Commissaires.	La Commission européenne jouit d'une vision globale des marchés, propre à lui conférer une certaine crédibilité et à garantir l'uniformité de la régulation. La Commission européenne concentrerait l'expertise rare nécessaire pour mener les analyses de marchés de plus en plus complexes. Par nature, la Commission européenne est indépendante des Etats Membres et, en principe, soustraite à la pression politique des entreprises. Cette caractéristique fait qu'elle est plus déterminée à appliquer des sanctions que les Etats membres dans la mesure où elle n'intervient pas directement en tant qu'opérateur sur les marchés.	En tant qu'entité collégiale, la Commission européenne coordonne difficilement les politiques de régulation des Directions générales. Cela peut entraîner des incohérences, des arbitrages politiques discrétionnaires, une absence de procédures rationnelles de sélection des domaines d'action prioritaires, et une attention insuffisante accordée à l'efficacité de chaque règlement du point de vue des coûts. La structure interne et les modalités d'action de la Commission européenne souffrent d'un détriplement fonctionnel qui provoque des conflits d'intérêts et à une certaine confusion dans la perception des rôles. La Commission européenne demeure éloignée des réalités de la régulation au plan national. Le contrôle exercé par la Commission européenne peut être grevé par des problèmes liés à la transmission des informations aux régulateurs nationaux, et par des ressources budgétaires et humaines limitées.

Au regard des trois critères de comparaison définis précédemment, il apparaît que la fonction de régulation des marchés conférée à la Commission européenne permet certes d'assurer l'application uniforme des règles dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, mais elle ne garantit ni la prise en compte des spécificités nationales, ni une régulation flexible et la plus proche des marchés.

Dès lors, la question se pose de savoir si une autorité communautaire, autre que la Commission européenne, pourrait remplir la même fonction de régulation, sans les désavantages liés à l'intervention de l'institution.

2.1.1.2. Un régulateur fédéral sous la forme d'une agence européenne de régulation

Pour cette seconde option organisationnelle, la fonction de régulation des marchés pertinents serait conférée à une agence européenne indépendante. Dans la même logique qui sous-tend l'indépendance de la Commission européenne par rapport aux Etats membres, cette agence serait distincte de la Commission européenne. L'agence européenne de régulation serait chargée d'inspecter le fonctionnement des régulateurs nationaux et leurs politiques de régulation des marchés pertinents, et de faire rapport aux Etats membres, au Parlement européen et à la Commission européenne[147].

Dans le système juridique de l'Union européenne il existe de nombreux organismes décentralisés qui peuvent être regroupés dans la catégorie générale des agences européennes. En particulier, vingt-trois agences ont été instituées dans le cadre du Traité CE[148], une agence dans le cadre du Traité Euratom[149] et six agences au titre des deuxième et troisième piliers de l'Union européenne[150]. Ces entités sont des organismes de droit public européen distincts des institutions communautaires et possédant une personnalité juridique propre.

[147] Une telle « inspection des inspections » ne ferait pas partie de la Commission européenne puisqu'elle devrait également examiner les conséquences des actions de celle-ci.

[148] Agence communautaire de contrôle des pêches (CFCA), Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA), Agence européenne des droits fondamentaux (FRA) (en préparation), Agence européenne des médicaments (EMEA), Agence européenne des produits chimiques (ECHA) (en préparation), Agence européenne pour l'environnement (EEA), Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (FRONTEX), Agence européenne pour la reconstruction (EAR), Agence européenne pour la sécurité aérienne (EASA), Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (OSHA), Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), Agence ferroviaire européenne (ERA), Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), Autorité européenne de surveillance GNSS (en préparation), Centre de traduction des organes de l'Union européenne (Cdt), Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC), Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (Cedefop), Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EUROFOUND), Fondation européenne pour la formation (ETF), Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (EMCDDA), Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes (EUMC), Office communautaire des variétés végétales (CPVO), Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHIM).

[149] Agence d'approvisionnement d'EURATOM.

[150] Agence européenne de Défense, Institut d'études de sécurité de l'Union européenne, et Centre satellitaire de l'Union européenne au titre du « deuxième pilier ») ; Collège européen de police, Office européen de police (Europol) ; et Organe européen pour le renforcement de la coopération judiciaire (Eurojust) au titre du « troisième pilier ».

Les agences, dont le recours n'est prévu par aucune disposition du Traité CE, sont censées offrir plusieurs avantages qui peuvent expliquer leur expansion dans le système juridique de l'Union européenne[151] :

- elles allègent la charge de travail d'autres institutions européennes qui peuvent se concentrer sur des fonctions stratégiques ;
- elles intègrent selon des modalités très diverses les représentations d'intérêts sectoriels, tout en cherchant à garantir la collaboration entre l'administration centrale communautaire d'une part et les différentes administrations nationales d'autre part ;
- elles soustraient la résolution de problèmes techniques des pressions politiques pour rendre cohérentes les politiques dans le temps.

Les agences européennes sont efficaces lorsqu'elles contribuent au développement d'un réseau visant à favoriser les échanges d'informations avec les administrations nationales et les administrations nationales entre elles. La mise en place d'un tel réseau permet de réaliser une coordination des mesures adoptées par les administrations nationales. Cette régulation par l'information, c'est-à-dire fondée sur la transparence et sur l'information publique, permet de contourner le problème de la constitutionalité posé par la délégation du pouvoir législatif à la discrétion de l'agence.

L'indépendance de leurs appréciations techniques et/ou scientifiques constitue la raison d'être même de leur création. La résolution des problèmes techniques est laissée à la responsabilité de spécialistes qui contribuent de ce fait à réduire les asymétries d'information entre les opérateurs et la Commission européenne, et à prendre des décisions plus rapidement (DONY et SMITS [1998]).

Cependant, la mise en place d'une agence européenne de régulation des marchés pertinents, indépendante de la Commission européenne, pose la question de la définition des compétences entre, d'une part, le niveau national et le niveau européen, et, d'autre part, entre la Commission européenne et cette agence.

[151] Pour une revue de la littérature prônant la création des agences européennes, voir MAJONE [1997], MAJONE et EVERSON [2001] et VOS [2000].

En effet, tant le Conseil de l'Union européenne que la Commission sont réticents à déléguer une partie de leurs pouvoirs à un organe subsidiaire, *a fortiori* s'il est doté d'un statut d'indépendance (STOFFAËS [2003]). Ce dernier argument est également repris dans les commentaires des gouvernements des Etats membres, dont certains font valoir que la création d'agences communautaires ferait concurrence aux autorités nationales de régulation auxquelles la plupart des Etats membres ont délégué des pouvoirs.

D'une part, la Commission européenne jouit de longues dates de larges pouvoirs pour nommer la direction des agences européennes. Bien que ce pouvoir ait été progressivement réduit, la Commission européenne a conservé la prérogative de proposer des candidats[152]. Même si les règlements instaurant de nouvelles agences ont inséré des critères professionnels pour la nomination des directeurs[153], aucune règle ne régit les incompatibilités avant et après leur mandat.

D'autre part, les Traités n'autorisent l'attribution directe de certaines responsabilités aux agences que sous certaines conditions. Certes, elles peuvent se voir conférer le pouvoir de prendre des décisions individuelles dans des domaines spécifiques, mais elles ne peuvent pas adopter de mesures réglementaires générales. Un pouvoir de décision pourrait notamment leur être attribué dans des domaines où un seul intérêt public prédomine et où les tâches à accomplir requièrent une compétence technique particulière (par exemple, en matière de sécurité des réseaux). Elles ne peuvent pas se voir confier des responsabilités pour lesquelles le Traité a conféré un pouvoir de décision direct à la Commission européenne (par exemple, dans le domaine de la politique de concurrence). Elles ne peuvent pas non plus se voir conférer un pouvoir de décision dans des domaines où elles devraient arbitrer des conflits entre des intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes comme dans le cas des analyses de marchés pertinents. Par ailleurs, il y a un risque de déficit de gestion évident si les Etats prennent des engagements symboliques, et octroient de nouvelles compétences juridiques à une agence communautaire, sans prévoir la capacité de gestion nécessaire à sa mise en œuvre (LEYGUES [2001] p. 19).

[152] En l'absence de critère pour la nomination des directeurs, la Commission européenne pouvait faire des propositions motivées par des raisons politiques.
[153] Des appels à candidature doivent être organisés et publiés au J.O. des Communautés européennes.

Les attributs de l'agence européenne comme régulateur fédéral indépendant de la Commission européenne sont mis en exergue au tableau n°19 ci-après.

Tableau n°19 : Les attributs d'une agence indépendante en tant que régulateur fédéral

Régulateur fédéral		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
L'agence européenne indépendante agirait par superposition aux dispositifs de régulation nationaux.	L'agence allègerait la charge de travail de la Commission européenne, et soustrairait la résolution de problèmes techniques des pressions politiques pour rendre cohérentes les politiques dans le temps. L'indépendance de son expertise technique permettrait de résoudre les problèmes d'asymétrie d'information. L'agence contribuerait au développement d'un réseau visant à favoriser les échanges d'informations avec les administrations nationales et les administrations nationales entre elles.	Les Traités n'autorisent l'attribution directe de certaines responsabilités aux agences que sous certaines conditions. Elles ne peuvent pas se voir confier un pouvoir de décision direct dans des domaines où elles devraient arbitrer des conflits entre des intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes. Le Conseil des ministres et la Commission européenne sont réticents à déléguer une partie de leurs pouvoirs. La création d'agences communautaires fait notamment concurrence aux régulateurs nationaux auxquels la plupart des Etats membres ont délégué des pouvoirs. La Commission européenne jouit de longues dates de larges pouvoirs pour proposer et nommer la direction des agences européennes.

A la lumière des trois critères de comparaison définis précédemment, il semble que la fonction de régulation des marchés conférée à une agence européenne permet d'assurer l'application uniforme des règles et de prendre en compte les spécificités nationales. Toutefois, elle ne garantit pas une régulation la plus proche des marchés. Par ailleurs, les possibilités de la création d'une agence de régulation européenne sont relativement restreintes par les Traités, sans une modification substantielle des pouvoirs conférés à la Commission européenne et aux autorités nationales de régulation.

2.1.2. La mise en réseau pour une régulation réticulaire

Dans ce second cas de figure, la fonction de régulation revêt un caractère réticulaire, i.e. elle est mise en œuvre par le truchement d'un réseau. La mise en réseau de la régulation est une rupture dans l'organisation hiérarchique traditionnelle de la régulation. Elle n'oppose pas les organes et les institutions des Etats membres d'un côté à ceux des Communautés et de l'Union européenne de l'autre, ce qui conduit à détacher les unes des autres les différentes séquences du processus de décision communautaire. Elle permet au contraire de prendre en compte la participation de différentes autorités, tant nationales que supranationales, centralisées que décentralisées, dans l'exercice de la fonction de régulation.

Le réseau peut être tantôt hiérarchique dans le cas d'une régulation coordonnée, tantôt autonome dans le cas d'une régulation polycentrique. Ces deux formes organisationnelles du réseau présentent des points communs et des différences en termes d'architecture et de pilotage, ainsi que des avantages et des inconvénients que nous étudions dans les développements suivants.

2.1.2.1. Un réseau hiérarchique pour une régulation coordonnée

La fonction de régulation coordonnée serait confiée à un réseau hiérarchique constitué d'autorités nationales et d'autorités européennes. Ce réseau présenterait un double échelon d'autorité, l'une plus forte et l'autre plus ténue.

Dans cette configuration, l'autorité européenne de régulation se trouverait au centre d'un réseau en étoile, et animerait le réseau en définissant ou en aidant à définir des objectifs et des indicateurs communs. Elle assurerait des fonctions de secrétariat, en établissant le calendrier et les procès-verbaux des réunions, et en mettant à disposition des ressources pour les réunions ainsi que des moyens techniques d'interaction (interprétation / traduction, outils de communications, serveur web, etc.). L'autorité européenne de régulation assumerait ce rôle en combinant les deux tâches suivantes :

- l'animation, c'est-à-dire la gestion du processus décisionnel et la gestion de l'information au sein du réseau, avec le risque que cela soit perçu de l'extérieur comme une entreprise faussée à l'avance ;

- l'arbitrage, c'est-à-dire le règlement des conflits entre les autorités nationales de régulation et les propositions de solutions afférentes.

La régulation coordonnée des marchés de communications électroniques soulève les questions de l'efficacité et de la pertinence du réseau hiérarchique pour piloter cette structure de gouvernance. Le réseau hiérarchique présente des avantages et des inconvénients qu'il convient d'analyser comme suit.

D'une part, le réseau hiérarchique est certes aisé à gérer, mais il ne se prête guère à une communication souple et rapide. Le contrôle de l'autorité européenne de régulation prédomine. Si bien que l'organisation est tributaire de la capacité d'absorption, de l'ouverture et de la créativité de l'autorité européenne de régulation. Les membres sont liés par un contrat explicite et détaillé où les modalités d'interaction entre l'échelon supérieur (l'autorité européenne) et le niveau inférieur (les régulateurs nationaux), qui détient moins de pouvoir, sont régies par des processus formalisés. Il est particulièrement adapté à certaines fonctions (arbitrage, prise de décision, gestion de la complexité, gestion de crise). Facile à instituer ou à démanteler, il a cependant une relative propension à la rigidité.

D'autre part, la gestion du réseau hiérarchique requiert des compétences comme la capacité à comprendre les valeurs et les règles tacites ou non écrites des différentes autorités nationales de régulation. Elle suppose des délégations de pouvoir et une structure flexible ; deux aspects qui ne sont pas *a priori* parmi les points forts d'une autorité européenne de régulation. En effet, l'approche communautaire en matière de coordination est faible avec peu d'effet pratique, car la culture politico-administrative européenne est de nature sectorielle, et non de cohérence d'ensemble (LEYGUES [2001] p. 19).

Enfin, faire accomplir les analyses de marchés par les autorités nationales de régulation place l'autorité européenne de régulation dans une situation de double aléa moral. D'une part, l'autorité européenne de régulation ne peut pas parfaitement contrôler l'action et l'effort des régulateurs nationaux. D'autre part, ces derniers peuvent garder des informations. Ainsi, en augmentant la rente octroyée aux régulateurs nationaux, l'autorité européenne de régulation accroît les coûts liés à l'accomplissement des analyses de marchés, et ce d'autant plus que les régulateurs nationaux s'éloignent des objectifs du cadre réglementaire européen.

Les attributs du réseau hiérarchique dans le cadre d'une régulation coordonnée sont repris au tableau n°20 ci-après.

Tableau n°20 : Les attributs du réseau hiérarchique

Réseau hiérarchique **Membres :** Autorités nationales de régulation et Autorité européenne de régulation (AER) : la Commission européenne ou une agence européenne indépendante.		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
L'AER est au centre d'un réseau en étoile. Elle contrôle et gère les relations entre les autorités nationales de régulation. La communication d'un régulateur à un autre passe nécessairement par l'AER. L'AER joue un rôle important en fournissant des informations, des moyens logistiques, voire un financement communautaire adéquat. Les membres du réseau hiérarchique sont liés par un contrat explicite et détaillé où les modalités d'interaction entre l'échelon supérieur (l'AER) et le niveau inférieur (les régulateurs nationaux), sont régies par des processus formalisés. Un équilibre est nécessaire entre le contrôle de l'AER et l'indépendance du réseau, gage de sa crédibilité.	La politique de l'AER est présentée et promue. Le réseau hiérarchique permet d'éviter les excès de différenciation dans la mise en œuvre du droit communautaire. Il donne une certaine marge de manœuvre aux autorités nationales de régulation, à la condition qu'elles l'utilisent sans contrevenir aux règles communes et sans perturber le marché intérieur. Le réseau hiérarchique est particulièrement adapté à certaines fonctions (arbitrage, prise de décision, gestion de la complexité, gestion de crise). Facile à instituer ou à démanteler, il a cependant une relative propension à la rigidité.	Le réseau hiérarchique est certes aisé à gérer, mais il ne se prête guère à une communication souple et rapide. L'organisation est tributaire de la capacité d'absorption, de l'ouverture et de la créativité de l'AER. Une structure et des règles trop rigides ainsi que d'éventuels conflits de priorités entre les autorités nationales de régulation et l'AER peuvent compromettre l'efficacité du réseau hiérarchique. Le réseau hiérarchique est à la merci d'un double aléa moral de la part des régulateurs nationaux, et de goulets d'étranglement ou d'une défaillance de la part de l'AER.

Au regard des trois critères de comparaison définis précédemment, il apparaît que la fonction de régulation des marchés conférée à un réseau hiérarchique permet d'appliquer uniformément les règles tout en étant relativement proche des marchés, et de prendre en compte les spécificités des marchés nationaux. Toutefois, elle ne permet pas d'établir des synergies entre les différentes entités au-delà de la division préexistante des tâches, en raison de sa propension à la rigidité et de sa dépendance à l'égard du pouvoir d'initiative de l'autorité européenne de régulation.

2.1.2.2. Un réseau autonome pour une régulation polycentrique

Dans le cas de la régulation polycentrique, la fonction de régulation serait confiée à un réseau autonome constitué d'une série d'acteurs sans relations hiérarchiques, principalement des régulateurs nationaux. Réunis de manière informelle, les régulateurs nationaux élaborent des stratégies communes, partagent leurs expériences et échangent des données, par exemple sur les niveaux de performance des opérateurs multinationaux. C'est aussi en coordonnant leurs actions qu'ils développent une doctrine et adoptent une interprétation commune des règles juridiques communautaires (HENRY, MATHEU et JEUNEMAITRE [2001]). Cette forme organisationnelle comporte des avantages et des inconvénients qu'il convient d'analyser comme suit.

Le réseau autonome fournit un cadre institutionnel souple où les régulateurs interagissent entre eux et sont, à ce titre, émetteurs et récepteurs d'externalités. La confiance et la réputation sont le ferment de leurs relations. Le contrat relationnel qui les réunit permet d'adapter les conduites aux circonstances, et laisse une certaine marge d'appréciation face aux aléas. Il est un outil pour comparer l'efficacité des différents régulateurs et pour élaborer des pratiques communes. Les régulateurs membres du réseau demeurent autonomes, non hiérarchisés entre eux, non contrôlés par un organe central, mais en permanence observés grâce à un fonctionnement interne et en permanence corrélés entre eux par des procédures de consultation et d'avis, les contraignant à intégrer leurs doctrines respectives.

Au sein de cette structure, les positions communes seraient prises par consensus avec possibilité de positions dissidentes, utilisée exceptionnellement. En l'occurrence, on pourrait supposer que les régulateurs aient un comportement mimétique en raison de leur proximité institutionnelle qui leur permettrait de mettre en place des conventions de comportement comme des règles communes de travail. Pour autant que les objectifs soient bien définis et qu'ils aient été convenus entre tous les régulateurs, le réseau permettrait d'accéder rapidement à des sources d'informations fiables et d'alléger les dispositifs de concertation face aux situations incertaines, changeantes ou complexes.

L'indépendance vis-à-vis de l'autorité de régulation européenne est le principal instrument de pouvoir. Les autorités nationales de régulation appartenant à un réseau transnational d'institutions poursuivent des objectifs similaires. Elles sont davantage intéressées à défendre leur indépendance et à mettre en valeur leur compétence. Elles

ont, en effet, une bonne raison de conserver leur réputation auprès des autres membres du réseau pour défendre leurs engagements et leurs normes professionnels contre les influences extérieures. Un comportement non professionnel ou à motivation politique compromettrait leur réputation et rendrait plus difficile toute coopération future. Un réseau autonome de régulateurs facilite le développement de normes de comportement et de pratiques de travail. En ce sens, le réseau peut être considéré comme un « diffuseur » de réputation (MAJONE [1998]).

Comparé au réseau hiérarchique, le réseau autonome se prête mieux à certaines fonctions (information, consultation, mise en œuvre). Le réseau autonome gagne en efficacité si les objectifs sont clairement définis et convenus entre tous les participants. Il dispose alors d'un avantage sur le réseau hiérarchique, dans la mesure où, étant moins lié par une structure et des procédures relativement rigides, il est plus libre de solliciter la participation d'acteurs externes. En contrepartie, le réseau autonome n'est pas aussi responsable et transparent que le réseau hiérarchique.

Cependant, la forme organisationnelle de la gouvernance du réseau autonome pose la question de la régulation entre les organes de régulation eux-mêmes (BRACONNIER [2001] p. 55). D'une part, le réseau autonome de régulateurs est dépourvu de personnalité morale et ses décisions n'ont pas de portée contraignante. La « coordination » désigne des actions conjointes et interdépendantes qui n'ont pas force de loi. Le réseau autonome ne permet pas de formaliser les liens entre les parties et donc les obligations réciproques des parties (incitation à la coopération, sanction de la défection). Les contrevenants ne peuvent pas être traduits devant la Cour européenne de Justice. D'autre part, la Commission européenne détermine, sous la supervision de la Cour européenne de justice, dans quelle mesure les lois et les décisions réglementaires sont compatibles avec le Traité. D'une certaine manière, la Commission européenne régule les régulateurs nationaux. Mais, la responsabilité de la définition des objectifs est partagée entre la Communauté et les Etats membres. Les objectifs d'efficacité tendent à être définis au niveau communautaire alors que ceux ayant trait au bien général sont définis au niveau national. La fonction de régulation au sens strict est ainsi mise en œuvre sur le plan national. La Commission européenne n'intervient qu'indirectement au titre de l'article 86 (3) du Traité, en matière de manquement à la transposition du cadre légal communautaire, ou directement en utilisant les pouvoirs qui lui sont conférés par le droit de la concurrence communautaire (BUIGUES, GUERSENT et PONS [2001]).

Enfin, la configuration du réseau autonome impose un certain nombre de contraintes – engagement minimum en termes de temps, de mise à disposition de ressources matérielles et humaines, l'acceptation de normes, conventions, habitudes, connaissances partagées, etc. préexistant aux interactions des régulateurs et agissant sur leurs décisions.

Les attributs du réseau autonome dans le cadre d'une régulation polycentrique sont repris au tableau n°21 ci-après.

Tableau n°21 : Les attributs du réseau autonome

Réseau autonome **Membres :** Autorités nationales de régulation		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
Le réseau a une configuration maillée. Les liens avec l'autorité européenne de régulation (AER) sont fondés sur des orientations ou des lignes directrices. L'AER a une faible emprise, car les liens sont informels et le contrôle est exclusivement national. Il n'y a pas ou peu de financement communautaire.	Pour autant que les objectifs soient bien définis et qu'ils aient été convenus entre tous les régulateurs, le réseau autonome permet d'accéder rapidement à des sources d'informations fiables et d'alléger les dispositifs de concertation. Les relations reposent sur la confiance et la réputation. Le réseau autonome se prête à certaines fonctions (information, consultation, mise en œuvre). Un réseau autonome de régulateurs facilite le développement de normes de comportement et de pratiques de travail. Les échanges de bonnes pratiques permettent une émulation par les pairs ainsi que par leur soutien, un apprentissage mutuel. Le réseau autonome permet d'adapter les conduites aux circonstances, et laisse une certaine marge d'appréciation face aux aléas. Il est un outil pour comparer l'efficacité des différents régulateurs et pour élaborer des pratiques communes. L'effet « réseau » allie multiplication de l'impact et adaptation aux conditions locales des marchés. Le réseau autonome a une forte identité. Le réseau autonome a l'avantage, du fait de sa souplesse, de pouvoir lancer des projets pilotes ou des actions d'étalonnage des performances.	Le réseau autonome n'a pas de bases légales dans les Traités. Des jeux de pouvoir peuvent venir à bout des régulateurs les plus faibles (avec le risque que les principaux protagonistes imposent leurs vues). Un haut degré de confiance est nécessaire entre les membres du réseau autonome. Il n'est pas possible de sanctionner ou d'exclure les régulateurs récalcitrants ou non performants. Les décalages ou les différences dans la mise en œuvre peuvent entraîner des distorsions de concurrence ou affecter les résultats à l'échelle de l'Union européenne. La progression du réseau est incertaine, à la merci des changements de priorités ou des présidences tournantes. Le réseau autonome fait courir le risque de choix sous-optimaux au moment d'arbitrer entre des intérêts sectoriels et des intérêts supérieurs. Le réseau autonome pose la question de la régulation entre les organes de régulation eux-mêmes. Le réseau autonome est dépourvu de personnalité morale et ses décisions n'ont pas de portée contraignante. Il ne permet pas de formaliser les liens entre les parties et donc les obligations réciproques des parties. Le réseau autonome impose des contraintes (engagement minimum en termes de temps, de mise à disposition de ressources matérielles et humaines).

Au regard des trois critères de comparaison définis précédemment, il apparaît que la fonction de régulation des marchés confiée à un réseau autonome permet de prendre en compte et de comparer les conditions nationales ainsi que d'exercer une régulation la plus proche des marchés. Cependant, elle pêche par le risque de mettre en œuvre les règles de manière disparate et par l'incertitude entourant son fonctionnement et ses résultats.

2.1.3. Le partage de la mise en œuvre des règles par la corégulation

Dans ce troisième cas de figure, la fonction de régulation consiste à organiser entre les acteurs publics et les acteurs privés le partage des compétences d'élaboration et de contrôle de l'exécution des règles relatives à l'analyse des marchés pertinents.

La corégulation a pour avantages de permettre une large appropriation des politiques en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. La corégulation offre ainsi aux pouvoirs publics la possibilité de faire intervenir les entrepreneurs et les autres parties prenantes dans la recherche et l'application des réglementations. Cela conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes. Cela peut aussi se traduire par des niveaux beaucoup plus élevés de conformité, le contrôle étant effectué conjointement avec les industriels. Du point de vue du gouvernement, la corégulation peut être efficace par rapport aux coûts, étant donné que les experts de l'industrie participeront souvent à titre bénévole, et que les relations « d'égal à égal » avec le gouvernement peuvent en outre signifier de moindres frais généraux et une plus grande réceptivité (OCDE [2003] p. 147).

Cependant, la question de la corégulation présente plusieurs inconvénients. D'une part, se pose la question de l'ambiguïté des rôles et des différences de perceptions de ce que les uns et les autres font ou ce que l'on attend d'eux (BUCKLEY [2003] p. 54). Cette structure de gouvernance a ainsi tendance à embrasser tous les acteurs, publics ou privés, et donc toutes les contradictions. D'autre part, les limites de la corégulation peuvent apparaître lorsqu'il s'agit de prendre des décisions sur des questions controversées. Cela est en l'occurrence le cas pour la définition des marchés pertinents et l'analyse du fonctionnement de ces marchés. La recherche du consensus peut donc trouver rapidement ses limites face aux enjeux sensibles. Par ailleurs, la coproduction

des règles présente un risque au regard du principe d'égalité, les régulés les plus puissants ayant une capacité de participation aux consultations et une capacité de persuasion auprès du régulateur bien supérieures aux autres. En conséquence, une décision prise par une telle organisation peut être contradictoire et illégitime. Les processus de décision ne garantissent pas que tous les intérêts en jeu soient représentés légitimement et pris en considération, et qu'une hiérarchisation claire entre ces intérêts soit établie.

La corégulation présente le risque de devenir le vecteur d'activités anticoncurrentielles de la part des représentants de l'industrie chargés de la réglementation. Les relations étroites nécessaires entre les groupes industriels et les responsables publics de la réglementation, dans le cadre de la corégulation, peut entraîner l'apparition d'un risque de « détournement de la réglementation » (OCDE [2003] p. 148). En outre, la présence d'un certain nombre d'entités avec des statuts différents et des compétences imprécises peut entraîner des conflits potentiels (BROUSSEAU [2001] p. 13). Les rapports entre ces diverses entités n'étant pas bien établis, il ne peut y avoir de mécanisme identifié de règlement des conflits de compétences. Cela produit de l'incertitude au sujet de la hiérarchie et de l'applicabilité des diverses normes mises en œuvre par ces entités, et finalement au sujet de la capacité de cette architecture à produire des règles conformes et complètes.

Par ailleurs, les formes organisationnelles de la corégulation comme celles de l'autorégulation (Cf. Sous-section 2.1.4. ci-après) connaissent des limites qui dépendent notamment de l'efficacité du suivi et des sanctions, et des conditions de compatibilité avec l'ensemble des règles légales existantes et des exigences d'un encadrement législatif adéquat (CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN [2005] p. 7). Du point de vue des institutions de l'Union européenne, le recours à la corégulation nécessiterait un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil des ministres et la Commission européenne.

Les attributs de la corégulation qui organise le partage des compétences d'élaboration et de contrôle de l'exécution des règles relatives à l'analyse des marchés pertinents sont repris au tableau n°22 ci-après.

Tableau n°22 : Les attributs de la corégulation

Corégulation **Membres** : autorité européenne de régulation (AER), autorités nationales de régulation, opérateurs, associations de consommateurs, industriels		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
La fonction de corégulation consiste à organiser entre les acteurs publics et les acteurs privés le partage des compétences d'élaboration et de contrôle de l'exécution des règles. La forme organisationnelle peut revêtir soit la forme du réseau hiérarchique, soit la forme du réseau autonome.	La corégulation permet une consultation plus large que celle limitée aux autorités nationales de régulation ou aux groupes d'intérêts du secteur. Elle permet d'impliquer un large ensemble d'acteurs dans la délibération, de manière à accroître la qualité et l'acceptabilité des choix politiques en tenant compte de la diversité des besoins. La corégulation permet une large appropriation des politiques en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. La corégulation permet de limiter les manipulations de ou par l'AER. La confusion des rôles et le manque de clarté en ce qui concerne les objectifs des différents acteurs contribuent à la flexibilité, alors que l'action de l'AER préserve un minimum d'homogénéité.	La corégulation a tendance à embrasser tous les acteurs, et donc toutes les contradictions. La recherche du consensus peut trouver rapidement ses limites face à des enjeux sensibles. La corégulation présente le risque de devenir le vecteur d'activités anticoncurrentielles. La participation des acteurs les plus représentatifs n'est pas garantie. En l'absence d'obligation contraignante, la participation de tous les membres au processus de décision n'est pas garantie. Du point de vue des institutions de l'Union européenne, le recours à la corégulation nécessiterait un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil des ministres et la Commission européenne.

Au regard des trois critères de comparaison que nous avons définis, il apparaît que la fonction de corégulation des marchés permet de prendre en compte la diversité des besoins d'un large nombre d'acteurs publics et privés aux niveaux national et européen. Bien que flexible et proche des marchés, elle ne garantit pas cependant l'égale représentation de tous les acteurs dans le processus de prise de décisions.

2.1.4. L'endogénéisation de la mise en œuvre des règles par l'autorégulation

Dans ce quatrième et dernier cas de figure, la fonction de régulation consiste pour une communauté d'entrepreneurs privés à endogénéiser l'élaboration et la mise en œuvre des règles relatives à l'analyse des marchés pertinents.

Les arguments avancés à l'appui de l'autorégulation sont fondés sur l'expertise et l'efficacité. Premièrement, les entreprises connaissent généralement mieux le milieu des affaires qu'un régulateur extérieur. Elles ont plus d'expertise et de connaissances techniques que les pouvoirs publics, et disposent de plus d'information. Les entreprises peuvent solliciter leurs contacts dans l'industrie pour mettre à jour les connaissances et développer des règles pratiques plus efficaces (OGUS [1994] ; BALDWIN et CAVE [1999]).

Deuxièmement, la régulation externe comporte des coûts d'administration et de contrôle qui sont supportés *in fine* par l'industrie et les consommateurs. Avec l'autorégulation, les coûts de formulation, d'adaptation et d'interprétation des règles (moins formalisées) sont faibles. Ces coûts sont minimisés si la régulation est internalisée. Les coûts de coordination étant à la charge de l'industrie plutôt qu'à celle des pouvoirs publics, les conflits sont tranchés rapidement sans recours à la loi ou aux processus légaux auxquels est soumis un organisme réglementaire gouvernemental (BARTLE et MÜLLER [2000] p. 8). Cependant, l'absence de décisions légalement contraignantes peut rendre l'autorégulation inefficace pour assurer l'application cohérente des règles du marché par les Etats membres. Ce défaut est inhérent à la stratégie de la Commission européenne de promouvoir une approche régulatrice commune par la convergence normative volontaire.

Troisièmement, les arguments en faveur de l'autorégulation sont également associés à l'idée que si la concurrence est bien développée, les organismes réglementaires sectoriels n'ont pas de raison d'être. La régulation consisterait en une autogestion de l'industrie sous la surveillance d'une régulation horizontale relevant du droit de la concurrence.

Toutefois, l'autorégulation présente plusieurs faiblesses au regard de l'intérêt général et de la légitimité démocratique. Parmi ces faiblesses figure la possibilité de la capture de la régulation par des parties qui, par définition, ne poursuivent pas l'intérêt général. Par exemple, les entreprises du secteur peuvent s'entendre pour ne pas

souscrire aux normes réglementaires, et ce à l'insu du public (BALDWIN et CAVE [1999] p. 128). L'intérêt général peut également être desservi d'autres manières, une des plus évidentes étant les pratiques monopolistiques. L'autorégulation peut conduire à une restriction potentielle de la concurrence en favorisant la constitution de cartels (BALDWIN et CAVE [1999] p. 128). L'emprise des intérêts privés l'emporterait sur la participation de l'intérêt général extérieur, sans que le principe de responsabilité puisse s'exprimer via les processus politiques démocratiques (BARTLE et MÜLLER [2000] p. 10). Cela pose un problème de légitimité requérant un contrôle juridictionnel de la légalité des règles adoptées par la communauté des entrepreneurs.

Dans le cadre de l'analyse des marchés, l'autorégulation n'est pas nécessairement réalisable, car la définition même d'une règle a des effets de répartition qui peuvent empêcher l'accord des parties. En effet, l'instauration des règles relatives à l'analyse des marchés pertinents va consacrer des droits à partir desquels s'organiseront les futures négociations. S'il peut y avoir consensus sur la nécessité de mettre en œuvre une règle commune, car elle va améliorer l'efficacité *a posteriori*, son contenu, en partie arbitraire, peut influencer le bien-être des parties au moment où elle est établie. Concrètement, la mise en œuvre de la règle peut se traduire par une répartition inégalitaire des coûts et des bénéfices. Certaines entreprises seront alors conduites à refuser l'accord pourtant bénéfique sur le plan collectif. Les entreprises ont tendance à être aveuglées par leur intérêt à court terme. Elles peuvent s'avérer myopes et choisir une solution qui n'est pas collectivement optimale (BROUSSEAU [2003]). Le processus décentralisé et auto-organisé ne garantit pas que les règles résultantes soient efficaces. Il ne résout pas non plus les problèmes soulevés par des règles contradictoires. Par ailleurs, il ne fournit pas aux entreprises un cadre de coordination stable qui garantirait l'application à long terme des règles (BROUSSEAU [2001] p. 23).

Les attributs de l'autorégulation qui consacre l'endogénéisation de l'élaboration et de la mise en œuvre des règles relatives à l'analyse des marchés pertinents sont repris au tableau n°23 ci-après.

Tableau n°23 : Les attributs de l'autorégulation

Autorégulation **Membres :** Entrepreneurs privés et groupes de pression du secteur		
Architecture et pilotage	**Avantages**	**Inconvénients**
L'autorégulation consiste pour une communauté d'entrepreneurs privés à endogénéiser l'élaboration et la mise en œuvre des règles. La forme organisationnelle peut revêtir soit la forme du réseau hiérarchique, soit la forme du réseau autonome.	L'autorégulation repose sur l'expertise et les connaissances techniques des entreprises. Les coûts de formulation, d'adaptation et d'interprétation des règles (moins formalisées) sont faibles. Les conflits sont tranchés rapidement sans recours à la loi ou aux processus légaux auxquels est soumis un organisme réglementaire public. L'autorégulation implique une régulation horizontale relevant du droit de la concurrence.	Il y a risque de constitution d'un club fermé, imperméable à l'influence d'autres groupes d'intérêts et ne dépendant pas de la représentation élue. Le manque de transparence et de responsabilité peut rendre l'autorégulation sujette à la capture par des parties qui, par définition, ne poursuivent pas l'intérêt général. L'autorégulation peut conduire à une restriction potentielle de la concurrence en favorisant la constitution de cartels.

Au regard des trois critères de comparaison que nous avons définis, il apparaît que la fonction d'autorégulation des marchés ne garantit pas que les règles résultantes seront efficaces. Elle ne résout pas non plus les problèmes soulevés par des règles contradictoires. Elle ne fournit pas aux entreprises un cadre de coordination stable qui garantirait l'application à long terme de ces règles.

2.2. Les risques d'opportunisme associés aux structures de gouvernance

Comme nous l'avons souligné au Chapitre 4, la théorie des coûts de transaction met en exergue les conséquences de l'incertitude sur le comportement des agents et les risques d'opportunisme qui en découlent. Les structures de gouvernance se caractérisent par leur plus ou moins grande propension à limiter l'incertitude et les risques

d'opportunisme. Pour la théorie des coûts de transaction, l'atténuation des risques d'opportunisme *ex post* est réalisable par les choix *ex ante* de gouvernance[154].

Dans cette sous-section, nous allons illustrer notre cadre théorique en identifiant les risques de sélection adverse, de capture et d'aléa moral, qui correspondent aux structures de gouvernance candidates pour encadrer les relations réglementaires à l'œuvre dans l'analyse des marchés pertinents.

2.2.1. Les risques de sélection adverse dus à la segmentation du secteur

L'intégration graduelle qui caractérise le développement de l'Union européenne a tendance à segmenter la politique européenne par secteurs, aux objectifs et aux instruments différents. Les administrations interagissent de manière croissante au sein de réseaux avec des experts ou avec le secteur privé, mais elles le font de manière segmentée, par secteur ou domaine (au niveau de l'Union européenne, les Directions générales sectorielles, les Comités de la Commission européenne, les Commissions du Parlement européen, les Conseils spécialisés, etc.), sans interagir avec les autres secteurs économiques ni avec la Société au sens large. Un tel cloisonnement favorise les manipulations de ou par la Commission européenne, par le biais de réseaux « d'anciens » ou de groupes de pression. D'où le risque de faire des choix sous-optimaux au moment d'arbitrer entre des intérêts sectoriels et des intérêts supérieurs (COMMISSION EUROPEENNE [2001] p. 26).

Dans le secteur des communications électroniques, les processus consultatifs mis en œuvre par les réseaux de régulateurs nationaux n'échappent pas à ce phénomène de segmentation. Ces réseaux tendent à privilégier les groupes d'intérêts les plus puissants au détriment des intérêts publics moins structurés. Les réseaux risquent alors de se muer en clubs fermés, imperméables à l'influence d'autres groupes d'intérêts et ne dépendant pas de la représentation élue. S'y rattache le risque d'opacité des relations entre les réseaux de régulateurs nationaux et la Commission européenne lors des procédures de consultation (COMMISSION EUROPEENNE [2001] p. 1 ; p. 17).

[154] "Attenuating the *ex post* hazards of opportunism through the ex ante choice of governance is central to the transaction cost economics exercise" (WILLIAMSON [1998] p. 31).

De manière complémentaire, l'ouverture des réseaux sectoriels aux groupes « d'intérêt général » (Parlements nationaux, Comité économique et social, Comité des régions…), représentatifs des intérêts de la Société dans son ensemble, permettrait d'élargir les perspectives et l'appréciation des problèmes en identifiant plus tôt les conflits d'intérêts et en se plaçant d'entrée de jeu « au-dessus de la mêlée » (COMMISSION EUROPEENNE [2001] p. 27).

2.2.2. Les risques de capture des structures de gouvernance par l'industrie

Une régulation proche des marchés et des problèmes perçus permet l'expérimentation et la recherche des meilleures pratiques. L'action des régulateurs fait l'objet de la vigilance des professionnels directement concernés. Cependant, elle s'accompagne d'un risque de capture par les acteurs que les régulateurs sont censés contrôler. Les entreprises tentent de profiter du double niveau national et supranational de décision pour agir et faire pression sur les décideurs politiques, à la fois nationaux et supranationaux (CONSEIL D'ETAT [2001] pp. 368-369).

Le passage sous l'influence des groupes de pression serait une phase inévitable de l'évolution et du déclin d'une autorité nationale de régulation (BERNSTEIN [1955]). Le risque de capture est d'autant plus grand que le régulateur exerce son autorité sur un secteur limité et pendant une période prolongée. La capture est de plus en plus difficile à combattre au cours du temps et dépend des coûts de transaction liés à la nature des institutions politiques (MARTIMORT [1997]). La situation de multimandants (Commission européenne, Parlement et gouvernement nationaux, autorités nationales de régulation, Conseils de la Concurrence) qui caractérise la gouvernance européenne de la régulation comporte des risques de capture, les acteurs privés tirant profit des décalages créés.

Dans le secteur des communications électroniques, les entreprises à la fois opérateurs historiques dans leur pays d'origine et nouveaux entrants dans d'autres pays de l'Union européenne tendent à tirer parti du décalage entre les situations nationales. La capture ouvre des champs importants de négociation et de pression sur les autorités nationales de régulation, placées dans une situation de décalage ou d'incomplétude de leurs décisions par rapport au processus de l'analyse des marchés pertinents (CAVE et PROSPERETTI [2003] p. 86).

2.2.3. Les risques d'aléa moral relatifs aux pouvoirs discrétionnaires

Dans l'exercice de l'analyse des marchés pertinents, les autorités nationales de régulation jouissent de pouvoirs discrétionnaires qui témoignent de la complexité des facteurs économiques, techniques et juridiques à apprécier pour recenser les marchés et identifier les entreprises puissantes sur ces marchés. Ces pouvoirs discrétionnaires sont subordonnés aux procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive cadre. Ils affectent l'échange de rentes résultant des interactions entre les régulateurs.

Le comportement non coopératif des régulateurs peut contribuer à proposer aux entreprises des incitations très faibles ou très fortes, en fonction des activités que les régulateurs contrôlent respectivement. Quand plusieurs régulateurs contrôlent des activités complémentaires de l'entreprise, ils extraient trop de rente informationnelle et le pouvoir des incitations tend à devenir excessivement faible. Chaque régulateur exerce une externalité négative sur les autres. Lorsque les régulateurs, au contraire, contrôlent des activités substituts, le phénomène inverse apparaît en raison de la concurrence entre les régulateurs pour attirer l'opérateur vers l'activité sous son contrôle. L'opérateur peut jouer un régulateur contre un autre pour échapper au contrôle global. Il en résulte qu'une plus grande part de rente informationnelle est conservée par la firme que ce qui serait socialement optimal.

Les risques d'aléa moral relatifs au partage des pouvoirs discrétionnaires sont minimisés lorsque les règles de décision sont, à l'équilibre, plus proches de leurs valeurs informationnelles et améliorent l'efficacité allocative.

2.3. La mise en correspondance des structures de gouvernance

Au terme de ce chapitre, il est possible de combiner les différents éléments de l'analyse pour faire correspondre les structures de gouvernance avec les types de contrat et les formes d'organisations réglementaires identifiés.

Notre typologie a mis en exergue trois principales structures de gouvernance que sont la régulation, la corégulation et l'autorégulation. A chacune des structures de gouvernance nous avons associé certains types de contrat d'une part, et certaines formes d'organisation d'autre part. Nous proposons à présent de réunir les associations « contrat - structure de gouvernance » et « forme organisationnelle - structure de

gouvernance » en fonction des types d'acteurs de la régulation. Trois types d'acteurs ont été mis en évidence par notre typologie : privés, privés et publics, et publics. Le tableau n°24 ci-après propose de faire correspondre chaque structure de gouvernance de la régulation avec un arrangement contractuel et une forme organisationnelle.

Tableau n°24 : La mise en correspondance des structures de gouvernance

Types d'acteurs	Structure de gouvernance de la régulation	Arrangement contractuel correspondant	Forme organisationnelle correspondante
Privés	**Autorégulation** Niveau national et/ou européen	Coopétition	**Réseau privé autonome**
Privés et publics	**Corégulation** Niveau national et/ou européen	Long terme	**Réseau mixte hiérarchique ou autonome**
Publics	**Régulation polycentrique** Niveau national	Relationnel	**Réseau public autonome**
	Régulation coordonnée Niveau national et européen	Néoclassique	**Réseau public hiérarchique**
	Régulation centralisée Niveau européen	Subordination	**Autorité européenne de régulation** Commission européenne ou agence indépendante

A partir de cette mise en correspondance, comment déterminer la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents ? C'est à cette question que nous tentons de répondre au chapitre suivant.

Conclusion de la deuxième section

Cette deuxième section visait à comparer les performances des structures de gouvernance de la régulation identifiées par notre typologie. Pour ce faire, nous avons mis au jour les avantages et les inconvénients des formes organisationnelles associées aux structures de gouvernance réalisables. Il en résulte une palette d'arrangements institutionnels caractérisés par différents risques d'opportunisme et des degrés variés de contraintes politiques.

CONCLUSION DU CHAPITRE 6

Dans ce chapitre, notre démarche analytique a permis d'identifier parmi une palette de dispositifs de régulation trois structures de gouvernance réalisables pour piloter les relations réglementaires mises en œuvre dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents. Selon un continuum qui irait de la conception la plus interventionniste à la plus libérale, nous avons ainsi différencié la régulation, la corégulation et l'autorégulation.

Ce chapitre avait pour objectif de mettre en évidence les différences caractéristiques des formes organisationnelles et des types contractuels associés aux structures de gouvernance réalisables pour réguler les marchés. La riche variété des formes organisationnelles identifiées signifie qu'il n'est pas possible de conclure à ce stade qu'une forme est meilleure qu'une autre. La coexistence de certaines formes organisationnelles semble répondre à des besoins spécifiques dans l'exécution des étapes de la régulation des marchés.

Afin de déterminer quelle est la structure de gouvernance correspondant le mieux aux caractéristiques de la régulation des marchés pertinents, nous choisirons au chapitre 7 parmi les dispositifs institutionnels réalisables la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents, selon une méthode originale que nous expliciterons.

CHAPITRE 7.
LE CHOIX DE LA STRUCTURE DE GOUVERNANCE DE LA RÉGULATION « LA MIEUX ALIGNÉE »

"It becomes more and more obvious that the 'right' geographical boundary for telecommunications regulation is unlikely to coincide with political boundaries. […] The imperfect overlap between jurisdictions raises issues of regulatory externalities as well as competency and regulatory arbitrage."

LAFFONT and TIROLE [2000] pp. 273-274.

INTRODUCTION DU CHAPITRE 7

Au sixième chapitre, nous avons identifié et mis en évidence les caractéristiques des formes organisationnelles associées aux structures de gouvernance réalisables pour encadrer les relations réglementaires mises en œuvre dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents. Afin de déterminer quelle est la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents nous allons utiliser dans ce chapitre le concept de remédiabilité de la théorie des coûts de transaction (Cf. Chapitre 4).

D'après la théorie des coûts de transaction, le critère de remédiabilité sert de critère de comparaison entre des alternatives concrètement réalisables, parmi lesquelles on cherche celle qui minimise les coûts de gouvernance. Le critère de remédiabilité traite l'efficacité du mode existant comme une présomption réfutable (WILLIAMSON [1996]). Même si une alternative est supérieure à une alternative existante, il est nécessaire d'examiner les obstacles à sa mise en œuvre. S'il est très coûteux de surmonter les conditions préexistantes, de nature économique ou politique, alors la mise en œuvre avec des bénéfices net n'est pas possible (WILLIAMSON [1998] p. 37).

Les questions auxquelles tente de répondre ce dernier chapitre sont les suivantes :

- Quelle est la structure de gouvernance la plus efficace, i.e. celle dont les propriétés sont les plus « alignées » sur les attributs de la régulation des marchés pertinents ?
- Quels sont les obstacles institutionnels et politiques à l'alignement optimal ?
- Quels types de contrôle exercer sur le dispositif de régulation des marchés ?

Afin de répondre à ces interrogations, le présent chapitre s'articule en trois sections. La section 1 détermine les critères d'alignement qui conditionnent la mise en correspondance entre les caractéristiques des structures de gouvernance et les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents. Ces éléments nous permettent, à la section 2, d'élaborer un arbre de choix des structures de gouvernance en fonction des critères d'alignement que nous avons déduits de l'analyse des facteurs critiques de la régulation des marchés pertinents. La section 3 conclut notre démarche en formulant des recommandations pour tenter d'aboutir à un compromis équilibré entre environnement institutionnel européen et efficacité de la régulation.

SECTION 1. LES CRITÈRES D'ALIGNEMENT

La gouvernance de la régulation du secteur des communications électroniques pose la question de l'équilibre et de la répartition des pouvoirs réglementaires entre les instances communautaires et nationales dans le cadre plus vaste de la construction institutionnelle européenne. Le problème de la répartition des compétences se focalise sur l'opposition entre centralisation et subsidiarité. Pour répondre à la question de savoir où s'arrête la compétence communautaire et où commence la compétence nationale, nous examinons les enjeux du partage des compétences de la régulation des marchés pertinents à travers l'étude de ses facteurs critiques (section 1.1.), et nous comparons l'exercice théorique et l'exercice effectif des responsabilités réglementaires à chacune des étapes de la régulation des marchés pertinents (section 1.2.).

1.1. Les facteurs critiques de la régulation des marchés pertinents

L'examen des facteurs critiques de la régulation des marchés nous semble important pour en comprendre les implications en termes de coûts de transaction, et pour choisir le dispositif institutionnel susceptible de minimiser les problèmes qui en découlent. Nous proposons d'étudier les trois facteurs critiques suivants :

- l'analyse des fonctions de demande et de coût ;
- l'appréciation de la position dominante ;
- l'importance du facteur temps dans la régulation du marché.

A partir de l'examen des problèmes grevant le travail d'analyse des marchés, nous dégageons quatre critères d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

- le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance ;
- l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires ;
- l'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante ;
- la spécificité temporelle de la régulation du marché.

La correspondance entre les facteurs critiques de l'analyse des marchés et les critères d'alignement associés est représentée au tableau n°25 ci-après.

Tableau n°25 : Les facteurs critiques et les critères d'alignement associés

Les facteurs critiques de l'analyse des marchés	Les critères d'alignement associés
L'analyse des fonctions de demande et de coût	Le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance
	L'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires
L'appréciation de la position dominante	L'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante
L'importance du facteur temps dans la régulation du marché	La spécificité temporelle de la régulation du marché

1.1.1. Les critères d'alignement associés à l'analyse des fonctions de demande et de coût

Le premier volet de notre démarche consiste à examiner les facteurs critiques de la régulation des marchés pertinents, que sont l'analyse des fonctions de demande et l'analyse des fonctions de coût.

Le marché pertinent comprend les produits ou les services substituables et géographiquement accessibles pour les clients d'une entreprise. Il est défini comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande. Sa délimitation requiert une analyse des demandes adressées aux firmes et une analyse des coûts correspondant à un marché des communications électroniques concurrentiel.

Toutefois, si la définition du marché de référence s'appuie sur des fondements économiques précis, sa délimitation pratique apparaît délicate. En effet, l'analyse des fonctions de demande et de coût peut être grevée par des problèmes méthodologiques et par des problèmes d'asymétrie d'information. Ces problèmes mettent en évidence le besoin de sécurité juridique des opérateurs, et l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires qui leur sont imposées.

1.1.1.1. Le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance

Pour étudier empiriquement les modifications de comportement de la demande aux variations de prix des concurrents, il est nécessaire d'établir un faisceau d'indices convergents qui reposent sur un certain nombre de données techniques, économiques et commerciales tenant compte des caractéristiques des produits, du comportement des consommateurs face aux variations de prix, et des méthodes de commercialisation. Or les clés d'analyse sont diverses. La substituabilité de deux biens peut s'apprécier en fonction de l'existence d'une pluralité de critères, en se fondant soit sur le cumul du plus grand nombre possible d'indices (BOUTARD-LABARDE et BUREAU [1993] p. 747), soit sur une hiérarchie établie de pertinence entre les indices.

Si les firmes opèrent sur un même marché, les élasticités prix croisées de leurs fonctions de demande sont positives et élevées. Le calcul des élasticités croisées entre produits sert à cerner les comportements de substitution au niveau du consommateur, et à identifier les produits en concurrence. Cependant, cet indice pose quatre difficultés majeures. Premièrement, il faut pouvoir observer un prix. Or la concurrence conduit à la profusion des prix. De plus, la méthode des paniers de services est peu fiable en raison du comportement adaptatif du consommateur et de la segmentation des offreurs.

Deuxièmement, il faut pouvoir distinguer entre des variations de quantités induites par les prix et les variations de quantités induites par d'autres facteurs de marché.

Troisièmement, il faut savoir rompre les chaînes de substituts. Certains services sont fournis ensemble, ce qui permet d'économiser sur les coûts de commercialisation. Cela implique que le comportement d'achat des consommateurs se rapporte à des ensembles de services et non à des services particuliers. Ce comportement peut conduire à la création de marchés groupés (offres *triple play* offrant la téléphonie illimitée, l'accès à l'Internet et au contenu audiovisuel, par exemple). Le principal enjeu pour la définition des marchés est donc de savoir si les services groupés constituent des marchés pertinents ou si les éléments spécifiques de chaque paquet sont sujets à une offre et à une demande différentes (SQUIRE SANDERS [2002] p. 9).

Quatrièmement, les enquêtes sur la demande font généralement totalement défaut. Dans l'ancien cadre réglementaire, les pratiques se concentraient essentiellement sur une double analyse de la substitution du côté de l'offre, pour définir les marchés pertinents, et de la maille des réseaux, pour délimiter géographiquement les marchés. La substitution

du côté de la demande et la considération des barrières à l'entrée ne sont pas des outils habituellement utilisés, car ils ne répondent pas aux objectifs et à la nature du précédent cadre réglementaire (SQUIRE SANDERS [2002] p. 6). En effet, les règles des anciennes directives ONP ne requéraient pas d'analyser les marchés, mais elles visaient à soumettre les opérateurs puissants aux mesures d'orientation des tarifs vers les coûts sur les marchés de détail et de gros.

De cet examen des problèmes grevant l'analyse des fonctions de demande, nous déduisons le premier critère d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

Critère d'alignement n°1 : le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance
Les défauts méthodologiques que sous-tend une étude empirique des modifications de comportement de la demande aux variations de prix des concurrents altèrent la sécurité juridique des procédures mises en place. Le besoin de sécurité juridique doit donc être pris en compte pour choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celle qui y répond le mieux.

1.1.1.2. L'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires

Si un opérateur de communications électroniques peut maintenir un niveau élevé de profits dans le temps par rapport à un niveau de coûts correspondant à un marché concurrentiel, cet opérateur détient une puissance sur ledit marché.

Toutefois, l'estimation du niveau de coûts concurrentiels pose des difficultés. En effet, il est nécessaire de partir de l'hypothèse que les coûts de l'opérateur le plus efficace peuvent servir de valeur de référence pour les coûts de la prestation d'un service sur un marché concurrentiel. Ensuite, pour estimer les coûts des autres opérateurs sur le marché, il faut ajuster le niveau des coûts de l'opérateur le plus efficace qui a été retenu comme valeur de référence pour tenir compte des différences de volume et du nombre de clients qu'il permet d'atteindre. Cela tient à ce que les autres opérateurs ne peuvent pas atteindre le même niveau de production et la même structure de clientèle sur une courte période en raison des économies d'échelle qu'exploite l'opérateur de référence (OCDE [2002] p. 6).

Si le marché est suffisamment concurrentiel, un opérateur pratiquant pour ses services des prix proches des coûts de l'opérateur le plus efficace ne peut que réaliser des bénéfices normaux, i.e. les coûts plus un rendement convenable sur les investissements. En revanche, l'opérateur qui détient une puissance sur le marché est en mesure de réaliser des profits excessifs, en fixant ses prix à un niveau exagérément plus élevé que les coûts estimés de l'opérateur le plus efficace, à moins que ses prix s'expliquent par des gains d'efficacité ou des innovations qui ne sont pas immédiatement accessibles aux autres opérateurs et qui sont compatibles avec un marché concurrentiel. Par conséquent, il est nécessaire de prendre en compte les bénéfices et l'efficacité pour déterminer si un opérateur est puissant sur un marché donné.

Cependant, il est difficile de disposer de l'information et des données nécessaires pour évaluer l'efficacité et les bénéfices réalisés par l'opérateur. En effet, la définition et l'utilisation du cadre comptable pour contrôler l'allocation des coûts et l'orientation tarifaire vers les coûts sont techniquement complexes. Une ventilation doit être clairement faite entre la comptabilisation des coûts directement supportés par l'opérateur en ce qui concerne l'exploitation, la maintenance de l'infrastructure, ainsi que les frais de commercialisation qu'elle suscite, et celle des coûts communs qui ne peuvent être directement attribués ni au service offert par l'infrastructure concernée, ni à d'autres activités. Or les activités élémentaires pour l'exploitation d'un réseau de communications électroniques sont très nombreuses : la part des coûts fixes est prépondérante ; les coûts joints et les coûts communs à plusieurs activités sont importants ; la construction des lignes d'abonnés et la nature des services offerts ne relèvent pas d'un contrôle de fabrication de produits manufacturés standards (VALLEE [1994]). Il arrive qu'un opérateur puissant sur le marché fixe ses prix nettement au-dessus du niveau concurrentiel, mais réalise de faibles bénéfices parce qu'il est inefficace. Il se peut aussi qu'un opérateur détenant une puissance sur le marché, qu'il soit efficace ou non, décide de se contenter de faibles profits dans le cadre d'une stratégie à long terme visant à dissuader d'autres prestataires de services de faire leur entrée sur le marché ou d'y maintenir leur présence. De même, les bénéfices excessifs de l'opérateur de référence peuvent s'expliquer non pas par la puissance qu'il exerce sur le marché, mais par un comportement efficace qui ne peut être facilement entamé par la concurrence.

De cette revue des problèmes grevant l'analyse des fonctions de coût, nous déduisons le deuxième critère d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

Critère d'alignement n°2 : l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires

Les problèmes d'asymétrie d'information que sous-tendent l'estimation et la comptabilisation des coûts pour déterminer la puissance des opérateurs sur les marchés engendrent de l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires à imposer aux opérateurs. L'incertitude doit donc être prise en compte pour choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celle la plus à même de la minimiser.

1.1.2. Le critère d'alignement associé à l'appréciation de la position dominante

Le second volet de notre démarche consiste à examiner les facteurs critiques de la régulation des marchés pertinents relatifs aux déterminants de la position dominante et de la position dominante collective. Ces deux notions sont particulièrement difficiles à appréhender. En effet, le fait qu'une ou plusieurs entreprises détienne(nt) une position dominante sur un marché pertinent n'implique pas qu'elle(s) abuse(nt) de cette position. Il apparaît que seule une analyse approfondie au cas par cas des pratiques des opérateurs permet de transformer les présomptions d'abus de position dominante en certitudes. Dans ces conditions, le critère déterminant en cas de risque d'abus de position dominante est celui de l'absence de contre-pouvoir de la part des consommateurs et des autres opérateurs.

1.1.2.1. Les présomptions d'abus de position dominante

Dans le cadre d'un marché pertinent, la position dominante visée par l'article 86 du Traité concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une

mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement des consommateurs[155].

La part de marché de l'entreprise constitue un indice de position dominante. En effet, l'opérateur historique est souvent le seul opérateur intégré verticalement et le seul présent sur plusieurs segments de la filière d'activité. Il est en mesure de conserver de fortes parts de marché, ne serait-ce qu'en raison de l'attachement ou de l'inertie de comportement d'une clientèle dont il a été l'unique interlocuteur pendant de très nombreuses années.

Cependant, le critère de la part de marché n'est bien souvent ni suffisant, ni nécessaire pour conclure à l'existence ou non d'une position dominante. Dans l'industrie des communications électroniques, l'existence d'une position dominante est souvent liée au contrôle des éléments essentiels d'infrastructure. L'accès au réseau public commuté est presque toujours détenu par l'opérateur dont la position de dominance découle du contrôle de l'accès à la boucle locale. C'est par les accords d'interconnexion et d'accès que se stigmatisent les rapports de dominance à l'encontre des opérateurs entrants qui, pour fournir des services sur le marché de détail, doivent obtenir l'accès aux infrastructures. Ces pratiques peuvent être séparées en trois catégories (LAFFONT et TIROLE [1996] p. 13) : les refus et les délais d'interconnexion, l'imposition de coûts prohibitifs pour le concurrent, et la réduction de la demande pour les services concurrents. Un monopole intégré en amont a de fortes incitations à pratiquer une forclusion vis-à-vis de la firme entrante lorsque les biens sont parfaitement substituables (BEZZINA [1999] p. 134). Dans le cadre d'un marché pertinent, la firme intégrée a toujours des incitations à la forclusion vis-à-vis de sa rivale entrante, tant que les inefficacités à laquelle elle est soumise (où à laquelle elle se contraint elle-même) n'excèdent pas le surcoût qu'elle fait subir à sa rivale.

[155] En détenant un tel pouvoir de marché, l'entreprise pourrait fixer ses prix à un niveau élevé, vendre des produits de qualité inférieure ou ramener son niveau d'innovation à un seuil inférieur à celui qui serait le sien sur un marché concurrentiel. En droit communautaire de la concurrence, il n'est pas illégal de détenir une position dominante, car celle-ci peut être obtenue par des moyens concurrentiels légitimes, par exemple en concevant et en vendant un meilleur produit. En revanche, les règles de concurrence n'autorisent pas les entreprises à abuser de leur position dominante (COMMISSION EUROPEENNE [2002] pp. 39-40).

Un opérateur historique peut être qualifié de multidominant du fait de son intégration verticale (opérateur de réseau d'accès, opérateur de réseau commuté, fournisseur de services de communications électroniques), mais aussi horizontale (présence sur les services locaux et les services longue distance, services spéciaux, publiphonie, téléphonie mobile, Internet, liaisons louées). Les concurrents non intégrés peuvent être victimes de stratégies d'éviction, de pratiques discriminatoires ainsi que de l'asymétrie en matière d'information dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis d'un opérateur à la fois concurrent et fournisseur d'un service indispensable dont l'offre ne peut être dupliquée que difficilement. Le simple fait de se trouver dans une telle position permet à l'opérateur dominant de bénéficier d'informations importantes sur les comportements de marché de ses concurrents et d'anticiper leurs orientations stratégiques futures (GLAIS [2001] p. 288).

L'appréciation de la position dominante est liée au concept d'infrastructures essentielles[156] qui jouent un rôle capital dans la détermination des obligations incombant à l'opérateur dominant. La faculté de ce dernier de dominer les marchés nouvellement ouverts à la concurrence s'accroît encore lorsqu'il se livre, depuis longtemps, à des activités diversifiées. Il est opportun de l'empêcher d'utiliser des stratégies de nature prédatrices ou susceptibles de freiner l'entrée de nouveaux acteurs sur les marchés concernés, mais également de veiller à éviter les stratégies de collusion[157] entre celui-ci et les opérateurs entrants.

[156] La théorie des infrastructures essentielles a pour origine la législation anti-trust américaine. Or cette dernière vise davantage à protéger la concurrence en interdisant l'acquisition ou le maintien d'un pouvoir monopolistique qu'à sanctionner des comportements abusifs d'entreprises en position dominante. Il s'agit-là d'une différence fondamentale avec le droit communautaire qui interdit et sanctionne non les situations monopolistiques ou de position dominante en tant que telles, sous réserve du contrôle des concentrations, mais les seuls abus de celles-ci. L'objet du droit de la concurrence n'est alors pas de réguler le marché, en cherchant à maintenir et à garantir la meilleure situation concurrentielle, mais de sanctionner les seules pratiques anticoncurrentielles, telles qu'elles sont définies et interdites par les textes applicables, à savoir les ententes et les abus de position dominante (OCDE [2002]).

[157] La collusion désigne la coordination du comportement concurrentiel entre plusieurs entreprises, susceptible d'entraîner une hausse des prix, une limitation de la production et, pour les entreprises impliquées, des bénéfices plus élevés que ceux qu'elles auraient autrement réalisés. Ce comportement ne repose pas toujours sur des accords explicites entre entreprises. Il peut résulter de situations dans lesquelles les entreprises définissent seules leur comportement, mais — conscientes de leur interdépendance avec leurs concurrents — exercent conjointement un pouvoir de marché. Cette forme de collusion est généralement dénommée « collusion tacite » (COMMISSION EUROPEENNE [2002] p. 10).

Cependant, le fait qu'une entreprise détienne une position dominante sur le marché pertinent n'implique pas qu'elle abuse de cette position pour entraver les mécanismes de la concurrence. Le seul constat de l'existence d'une position dominante ne saurait être *a priori* condamnable. Certes, l'article 86 du Traité présuppose l'existence d'un lien entre position dominante et comportement prétendument abusif. Cette présomption ne saurait pourtant constituer une règle. Dans ces conditions, il est nécessaire de distinguer deux marchés : celui sur lequel peut s'exercer la dominance (marché de gros) et celui sur lequel peut s'exercer l'abus de position dominante[158] (marché de détail). L'abus de position dominante peut consister en un refus d'accès aux éléments essentiels d'infrastructure[159], un traitement tarifaire discriminatoire, des ventes liées ou des pratiques de remises couplées pour l'utilisation de plusieurs services (BERTHAULT et MAINGUY [2001] p. 10).

1.1.2.2. L'absence de contre-pouvoir

La position dominante collective est aussi une notion particulièrement difficile à analyser. D'après la théorie du duopole, des comportements dits « d'interdépendance stratégique » peuvent se développer sur les marchés à faible nombre d'offreurs. Autrement dit, les opérateurs ne sont plus de stricts preneurs de prix. Au contraire, ils anticipent plutôt le comportement de leurs concurrents pour fixer le prix et les quantités produites. Il en résulte que l'équilibre de marché atteint se situe entre l'équilibre de concurrence et celui de monopole. Les entreprises perçoivent des profits indus au détriment des consommateurs.

---

[158] L'abus de position dominante désigne les pratiques commerciales anticoncurrentielles (y compris le traitement incorrecte de clients ou l'éviction de concurrents) auxquelles est susceptible de se livrer une entreprise en position dominante pour conserver ou renforcer sa position sur le marché. Le droit de la concurrence interdit ce type de comportement, car il fausse la concurrence qui s'exerce entre les entreprises, porte préjudice aux consommateurs et dispense l'entreprise en position dominante de véritablement entrer en concurrence avec les autres entreprises (COMMISSION EUROPEENNE [2002] p. 3).

[159] Un refus d'accès aux éléments essentiels d'infrastructure ne constitue un abus de position dominante que si les conditions suivantes sont réunies : le refus de service doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché en cause de la part du demandeur ; ce refus ne peut être objectivement justifié, et le service en lui-même doit être indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel.

Mais, il n'est pas nécessaire d'établir une entente[160], i.e. un lien formel entre les parties prenantes du marché, pour atteindre ce résultat. En effet, la jurisprudence communautaire considère que la notion de liens économiques ne peut se réduire à celle de liens structurels entre les entreprises concernées. En l'occurrence, l'arrêt *Gencor*[161] conclut que, sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre membres d'un oligopole restreint. Chaque membre étant en mesure de prévoir le comportement de ses partenaires, il est fortement incité à aligner son comportement sur le marché.

Concrètement, la position dominante collective se repère par l'observation des décisions d'ajustement de prix, de quantité, et de qualité. Les trois paramètres actuellement retenus par la jurisprudence pour juger d'une position dominante collective sont les suivants :

- la transparence du marché : chaque membre de l'oligopole doit pouvoir connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement de chacun des autres membres, d'où le rôle des groupes de pression et des associations d'entreprises ;
- l'existence d'une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché : des risques de représailles ou de facteurs de dissuasion existent en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune ;
- une certaine prévisibilité des réactions des concurrents et des clients.

Ces paramètres demeurent toutefois difficiles à observer. Premièrement, dans une configuration de concurrence, la convergence des comportements peut être due à un phénomène d'imitation concurrentielle des meilleures pratiques. Deuxièmement, si un facteur exogène agit sur les coûts de tous les acteurs ou si les prix descendent trop bas à court terme, l'augmentation conjointe des prix peut être nécessaire pour assurer une viabilité à long terme. Troisièmement, rien n'implique *ipso facto* que toutes les

[160] Une entente désigne des arrangements entre entreprises concurrentes destinés à limiter ou à éliminer la concurrence s'exerçant entre elles, à augmenter les prix et les bénéfices des entreprises participantes, sans produire d'avantages compensatoires objectifs. Dans la pratique, ces arrangements consistent généralement à fixer les prix, à limiter la production, à partager les marchés, à attribuer des clients ou des territoires, à manipuler des procédures d'appel d'offres ou plusieurs de ces éléments en même temps (COMMISSION EUROPEENNE [2002] p. 23).

[161] La décision 97/26/CE de la Commission européenne du 24 avril 1996 dans l'affaire IV/M.619, *Gencor/Lonrho* (JO L 11 du 14.1. [1997] p. 30) et l'arrêt du Tribunal de première instance du 25 mars 1999 dans l'affaire T-102/96, *Gencor Ltd/Commission européenne,* Recueil [1999 : II-753].

entreprises présentes sur un marché participent à la création de l'équilibre de position dominante collective, alors que *de facto* toutes en bénéficient. En définitive, seule une analyse approfondie au cas par cas des pratiques en cause permet de transformer les présomptions d'abus de position dominante en certitudes.

De cette analyse des déterminants de la position dominante et de la position dominante collective, nous déduisons le troisième critère d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

Critère d'alignement n°3 : l'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante

Les comportements prédateurs et les pratiques discriminatoires qu'une entreprise en position dominante ou des entreprises en position dominante collective manifestent à l'encontre des concurrents nuit au maintien d'une concurrence effective. L'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante doit donc être prise en compte pour choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celle la plus à même d'y remédier.

1.1.3. Le critère d'alignement associé à l'importance du facteur temps

Quels arguments justifieraient la prise en compte du facteur temps comme critère d'alignement ? Nous avons commencé à répondre à cette question dans le cadre du Chapitre 5 qui a analysé le dispositif de coordination réglementaire sous l'angle des délais de procédures (Cf. Section 2 du Chapitre 5). Pour approfondir cette analyse, les développements suivants sont structurés en deux sous-sections. Tout d'abord, nous mettons en évidence l'importance du facteur temps comme une des conditions d'efficacité de la régulation du marché. Ensuite, nous examinons l'exigence de célérité dans les procédures de l'analyse des marchés.

1.1.3.1. Le temps comme condition d'efficacité de la régulation du marché

Du point de vue de la rapidité de réaction, la célérité est, d'une manière générale, une condition d'efficacité de la décision de l'autorité de régulation. Celle-ci a un intérêt à se prononcer rapidement. Plus tôt les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sont

constatées, plus vite elles cessent. Si l'autorité de régulation se prononce rapidement sur un marché type, cela permet d'éviter l'émiettement des analyses de marchés. Une décision sur des pratiques anticoncurrentielles a ainsi une valeur indicative, pédagogique dès lors qu'elle est transposable à des situations proches et qu'elle contribue à protéger le marché. La célérité est une exigence inhérente à la politique de régulation des marchés (CANIVET [2000]).

La décision de l'autorité de régulation a aussi une valeur dissuasive. L'exemplarité de la sanction suppose sa rapidité. Plus tôt intervient la sanction après l'acte répréhensible, plus forte est son exemplarité. L'efficacité de la punition se mesure à sa proximité temporelle avec l'infraction. Lorsque l'autorité de régulation sanctionne des pratiques récentes ou en cours, sa décision a une portée bien plus grande sur les opérateurs. De même, lorsqu'elle est relative à des infractions anciennes, ces mêmes opérateurs la perçoivent comme dépourvue de portée pratique, de sorte que son exemplarité s'est émoussée au point de disparaître. La sanction différée peut, en certains cas, devenir contre-productive si elle révèle que les comportements anticoncurrentiels ont pu se développer pendant de longues années impunément.

Les exigences spécifiques à l'activité économique rendent nécessaire la célérité de l'intervention de l'autorité de régulation.

Tout d'abord, l'activité économique se développe dans un contexte de réactivité. Une entreprise sanctionnée pour une pratique anticoncurrentielle sera conduite à la corriger rapidement pour mettre en œuvre une stratégie de remplacement visant à retrouver les avantages perdus et sur la licéité de laquelle, éventuellement, l'autorité de régulation aura à se prononcer aussitôt. La surveillance du marché est une chaîne sans fin, dans laquelle une décision provoque une réponse qui elle-même appelle une autre décision. Moins cette succession de répliques est décalée par rapport aux situations qui les commandent plus la politique de régulation du marché est efficace. Ainsi, chaque fois qu'apparaissent de nouvelles pratiques anticoncurrentielles, c'est la réactivité de l'autorité de régulation qui fait la qualité et la pertinence de la régulation.

Ensuite, le comportement des entreprises et les décisions de l'autorité régulatrice fonctionnent en miroir. Plus vives sont les réactions de l'autorité de régulation, plus son autorité est grande, plus les entreprises sont attentives à la politique qu'elle met en œuvre, plus cette politique régulatrice est efficace. Pour se développer, les entreprises ont besoin de sécurité, de certitude. Plus tôt, plus sûrement interviennent les constats de déviances

économiques, plus vite sont corrigées les stratégies, plus sûr et efficace est le droit de la concurrence.

Enfin, les effets anticoncurrentiels se cumulent et provoquent des situations irréversibles. Il est plus facile de mettre un terme à des pratiques en gestation ou qui débutent qu'une fois qu'elles se sont développées et ont permis d'accumuler des profits illicites, profits déjà réinvestis et, par conséquent, renforçant l'effet néfaste sur le même marché ou faussant la concurrence sur un marché qui n'était pas au départ affecté (CANIVET [2000]). L'exemple des communications électroniques illustre assez bien ce propos, notamment en matière de restriction d'accès au marché. En empêchant les opérateurs susceptibles d'intervenir et de modifier la situation de l'offre sur le marché, des situations irréversibles se créent qu'il est ensuite souvent impossible de corriger ou de compenser.

1.1.3.2. L'impératif de célérité dans les procédures de l'analyse des marchés pertinents

Les procédures de l'analyse des marchés pertinents sont faites de temps, et produisent elles-mêmes leur propre temporalité. Le temps est non seulement utilisé pour déterminer la chronologie des étapes de l'analyse des marchés, mais il est aussi et surtout un objectif en soi. Le temps est, en effet, une finalité du processus de l'analyse des marchés à travers l'exigence d'une durée raisonnable[162], et ce pour garantir un traitement équitable des acteurs du marché.

Derrière les différents délais dont disposent les régulateurs pour réaliser les analyses de marché, se dessine la difficulté de concilier le temps volatil des marchés et le temps plus fondateur de l'organisation d'un marché efficient. Le temps de la procédure et le temps des entreprises illustrent l'opposition qui caractérise ces deux types de temporalité, notamment en matière de régulation des marchés. Il semble par conséquent que deux angles de vue s'opposent. D'un côté, l'exigence tient avant tout à l'efficacité et à la rapidité, tandis que de l'autre, la nécessité d'un examen approfondi et d'une sécurité juridique prime.

[162] Le principe d'une durée raisonnable est issu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Introduit en droit de la concurrence, il se situe dans une perspective individuelle : être jugé dans un délai raisonnable devient un droit fondamental dont tout individu peut se prévaloir.

Cette confrontation entre la procédure et le temps est permanente. La procédure s'adapte à l'écoulement du temps. Le temps est au cœur de la procédure, car il est compté, « mesuré ». « Le temps mesuré » est une expression particulièrement adaptée au contexte de l'analyse des marchés, où il y a antinomie entre le temps des autorités et le temps des entreprises, entre le temps juridique et le temps économique. La perception du temps n'est pas la même suivant que l'on se place du côté de l'entreprise, partie à la procédure, ou du côté de l'autorité. Les objectifs à atteindre sont contradictoires et il n'est pas toujours aisé de concilier sécurité juridique et efficacité.

Si le temps est un impératif, il est également une limite à l'action des autorités. Le temps représente une contrainte. Les règles de procédure s'organisent dans un certain ordre et dans un certain rythme. Elles ont le pouvoir d'agir sur le temps (IDOT [2000]). Il peut y avoir une accélération du temps qui impose une action. L'obligation de prendre une décision réglementaire dans un délai déterminé relève de cette catégorie. Les règles de procédure peuvent, au contraire, avoir pour objet de ralentir le temps. Le fractionnement des étapes de l'analyse des marchés entre l'exécution et le contrôle participe au ralentissement du temps. Il présente le risque d'une utilisation stratégique du temps par les acteurs.

De cet examen de l'importance du facteur temps dans le déroulement des étapes de l'analyse des marchés, nous déduisons le quatrième critère d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

Critère d'alignement n°4 : la spécificité temporelle de la régulation du marché

L'efficacité et la pertinence de analyses de marché supposent des réactions rapides, des adaptations permanentes de l'autorité de régulation à la stratégie des entreprises et au rythme de la vie des affaires. Un équilibre est nécessaire entre l'exigence de sécurité juridique par le respect des délais et la célérité de la mesure réglementaire à prendre au regard d'une situation anti-concurrentielle. La spécificité temporelle de la régulation du marché doit donc être prise en compte pour choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celle qui répond le mieux à cette caractéristique.

1.2. L'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences comme critères d'alignement complémentaires

Jusqu'à présent, nous avons focalisé notre attention sur les critères d'alignement relatifs à la « technique » des analyses de marchés, sans se soucier de l'internalisation des externalités et de l'hétérogénéité des préférences entre les niveaux européen et national de gouvernance. Or ces deux facteurs ont selon la théorie des coûts de transaction un impact important sur les choix de gouvernance réglementaire qu'il convient de mettre en exergue dans le cadre de cette sous-section.

Le Traité de Maastricht ne confère à l'Union européenne des compétences administratives propres que dans les domaines où une administration communautaire semble le seul moyen efficace de mise en œuvre. Cependant, faut-il encore en apporter la preuve ! Pour juger la pertinence de la répartition des compétences réglementaires, le principe de subsidiarité, selon lequel la décentralisation doit être retenue en l'absence d'arguments en faveur de la centralisation, implique de prendre en compte le degré d'internalisation des externalités et le degré d'hétérogénéité des préférences comme critères d'alignement complémentaires.

Après avoir rappelé les éléments du débat européen sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité, nous construisons une grille des niveaux d'exercice attendus et effectifs des compétences réglementaires en matière de régulation des marchés, afin de montrer que l'environnement institutionnel et les coûts de coordination peuvent conduire à s'écarter de l'allocation optimale des compétences réglementaires.

1.2.1. Le principe de subsidiarité et les niveaux d'intervention réglementaire

Dans l'histoire récente du droit communautaire, la prise en compte du principe de subsidiarité a trouvé sa première formalisation juridique avec l'Acte unique européen (1986), dans le cadre de la compétence reconnue à la Communauté dans le domaine de l'environnement. Mais, c'est le Traité de Maastricht (1992) qui donnera à ce principe sa véritable dimension, avant qu'un protocole spécifique sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité soit, en 1997, annexé au Traité d'Amsterdam.

Le Traité de Maastricht, entré en vigueur en 1993, a introduit la notion de subsidiarité dans les Traités pour la première fois. Mais, la subsidiarité est longtemps restée un concept théorique. Dans l'esprit du Traité, le principe de subsidiarité signifie que dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union européenne intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau national qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

Comment définir plus précisément ce principe ? Le terme même de subsidiarité est peu explicite. Il signifie que les décisions doivent être prises au niveau le plus pertinent, l'Union ne devant intervenir pour traiter une question que si son intervention est plus efficace que celle de l'autorité nationale ou locale. L'action de l'Union peut se révéler plus appropriée que celle des Etats membres, notamment lorsqu'il existe une dimension transnationale. La subsidiarité se distingue également de la proportionnalité, qui signifie que les moyens utilisés par l'Union européenne pour atteindre les objectifs fixés par le Traité ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

Il y a dans cette définition une portée qualitative qui souligne le caractère politique de la subsidiarité. Il s'agit d'un concept dynamique, ainsi défini par le protocole annexé au Traité d'Amsterdam (1999) : « la subsidiarité est un concept dynamique qui devrait être appliqué à la lumière des objectifs énoncés par le Traité. Il permet d'étendre l'action de la Communauté, dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la limiter et d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus ».

Le débat sur le principe de subsidiarité a donné lieu à deux positions divergentes concernant l'allocation des pouvoirs politiques et économiques dans l'Union européenne. D'une part, centraliser les pouvoirs au niveau communautaire permettrait d'internaliser les externalités en redistribuant les risques entre les Etats membres, et d'éliminer les barrières au commerce et les distorsions de concurrence par une harmonisation des règles. D'autre part, décentraliser les pouvoirs au niveau des Etats membres instaurerait une concurrence entre les juridictions, qui répondrait mieux à la diversité des préférences des agents économiques (GERADIN et PETIT [2005]). Le Conseil européen d'Edinburgh (11-12 décembre 1992) formula pour la première fois des lignes directrices (Conclusions de la Présidence, Partie A, annexe n°1 p. 20) pour déterminer le niveau de l'intervention réglementaire (VAN DEN BERGH [1994 ; 1998]). Le protocole actuellement en vigueur,

annexé au Traité d'Amsterdam, fournit trois lignes directrices pour évaluer le respect du principe de subsidiarité :

- Existe-t-il des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par l'action des Etats membres ?
- Une action au seul niveau national ou l'absence d'action de la Communauté serait-elle contraire aux exigences du Traité comme la nécessité de corriger les distorsions de concurrence, d'éviter les restrictions déguisées aux échanges ou de renforcer la cohésion économique et sociale ou léserait grandement d'une autre manière les intérêts des Etats membres ?
- Une action menée au niveau communautaire présenterait-elle des avantages manifestes, en raison de ses dimensions ou de ses effets, par rapport à une action au niveau des Etats membres ?

La réponse à ces questions vise à permettre l'exercice de la compétence et non pas de dire si une compétence existe. Le principe de subsidiarité n'est pas en effet un principe de répartition des compétences, puisque celles-ci sont définies dans les Traités. Il signifie en revanche que dès lors que l'Union dispose d'une compétence, elle ne doit l'exercer que lorsque l'objectif peut être mieux réalisé au niveau européen qu'au niveau des Etats membres.

Pour juger l'efficacité de la mise en œuvre des compétences réglementaires, nous proposons de construire une grille des niveaux d'exercice des compétences réglementaires, qui prenne en considération le degré d'internalisation des externalités et le degré d'hétérogénéité des préférences.

1.2.2. Une grille des niveaux d'exercice théoriques et attendus des compétences

Intuitivement, l'argument irait dans la direction d'exercer d'abord les compétences de régulation au niveau national, et examiner ensuite s'il apparaît des externalités qui appellent un exercice de cette compétence à un niveau supérieur (CAVE et PROSPERETTI [2003] p. 86). Toutefois, l'application stricte de ce raisonnement conduirait à une liste trop restreinte des compétences explicitement et exclusivement européennes. En fait, plusieurs critères interviennent dans l'analyse.

D'abord, les externalités s'échelonnent du niveau national au niveau européen. Ensuite, les marchés résultent d'une construction sociale et d'une organisation collective. De ce fait, les pays membres de l'Union européenne n'ont pas les mêmes préférences. Nous en déduisons le cinquième critère d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents :

Critère d'alignement n°5 : l'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences

Certains marchés ne peuvent pas être régulés de manière satisfaisante par la seule action des régulateurs nationaux. D'une part, ces marchés se caractérisent par des externalités transnationales. D'autre part, les divergences de vues entre les régulateurs nationaux risquent de nuire à la cohérence globale de la régulation de ces marchés dans l'optique d'un marché européen unique. L'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences entre les Etats membres doivent donc être prises en compte pour choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celle la plus à même d'y répondre.

Au tableau n°26 ci-après, nous utilisons les deux critères que sont, d'un côté, l'internalisation des externalités et, de l'autre, l'hétérogénéité des préférences entre les Etats membres, pour examiner l'exercice théorique et l'exercice effectif des responsabilités à chaque étape de la régulation des marchés pertinents. Partant de l'hypothèse du principe de subsidiarité, i.e. la décentralisation est *a priori* préférable, nous recherchons l'existence d'économies d'échelles ou d'externalités suffisamment importantes pour qu'en dépit de l'hétérogénéité des préférences entre les Etats membres la centralisation améliore le bien-être. Le choix entre centralisation et décentralisation devient alors un arbitrage (*trade-off*) entre l'internalisation des externalités et l'adaptation à l'hétérogénéité des préférences.

Tableau n°26 : La grille des niveaux d'exercice attendus et effectifs

Droits de propriété politique relatifs à la régulation des marchés	Degré d'internalisation des externalités	Degré d'hétérogénéité des préférences	Niveau attendu d'exercice	Niveau effectif d'exercice
Etape n°1 : Définir les marchés pertinents	Fort	Fort	**Européen**	**Etats membres + niveau européen (droit de veto)**
Etape n°2 : Collecter les données qualitatives et quantitatives	Faible	Faible	**Etats membres**	**Etats membres**
Etape n°3 : Analyser le fonctionnement des marchés et désigner les opérateurs puissants	Fort	Fort	**Européen**	**Etats membres + niveau européen (droit de veto)**
Etape n°4 : Déterminer les obligations réglementaires	Fort	Fort	**Européen**	**Etats membres**

Au regard de l'exercice théorique des droits de propriété politique, les étapes de la régulation des marchés, à l'exception de la collecte des données qualitatives et quantitatives (étape n°2), se caractérisent à la fois par un fort degré d'internalisation des externalités et un fort degré d'hétérogénéité des préférences. Il en résulte que l'exercice théorique pour les étapes n°1, n°3 et n°4 correspond au niveau européen, tandis que l'exercice théorique pour l'étape n°2 correspond au niveau des Etats membres.

Les gains potentiels d'une centralisation au niveau européen sont élevés. Le degré d'internalisation des externalités et le degré d'hétérogénéité des préférences sont en effet suffisamment importants pour justifier la centralisation de la régulation des marchés. Mais, les obstacles sont également importants comme les coûts de coordination, les contraintes sur les décisions nationales et donc la perte d'autonomie par rapport au principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité imposerait aux Etats membres de ne pas réguler lorsque d'autres moyens d'atteindre les objectifs publics peuvent exister en particulier l'autorégulation et, le cas échéant, de ne réguler que dans la stricte mesure des exigences posées par la nécessité de fixer de tels objectifs, laissant au secteur privé le soin de décider de la manière d'atteindre de tels objectifs, en d'autres termes par la corégulation. Cela semble plaider pour un modèle polycentrique de régulation.

Si on suppose que les pays à travers l'Union européenne n'ont pas les mêmes préférences, ce qui est généralement le cas, il y a alors un argument fort en faveur de la régulation polycentrique. D'une part, les régulateurs nationaux peuvent être plus facilement informés au sujet des préférences nationales que les autorités européennes. D'autre part, s'ils prennent des décisions qui ne rencontrent pas ces préférences, les entreprises peuvent investir dans un pays où la mise en œuvre du cadre réglementaire les satisfait davantage. Les fournisseurs de services, quant à eux, sujets aux contrôles réglementaires peuvent s'établir dans les pays où ils pourront plus facilement satisfaire la demande des consommateurs. Toutefois, cette approche suppose que les citoyens soient bien informés concernant le cadre réglementaire, que des solutions de rechange soient disponibles dans différents endroits, et que la migration soit une option facile pour les entreprises.

En outre, la centralisation de la régulation produit son propre lot de problèmes. Elle repose sur ce que l'autorité européenne de régulation perçoit pour être le dénominateur commun des préférences nationales. Ce qui émerge peut en fait ne rencontrer les préférences que d'une petite proportion seulement de l'Union. Par ailleurs, le processus même de recherche du dénominateur commun induit des comportements stratégiques entre les décideurs européens, rendant difficile l'obtention d'un accord.

L'analyse ci-dessus suggère que ni la régulation polycentrique ni le régulation centralisée ne sont satisfaisantes. Un compromis entre ces deux formes de la régulation est à envisager sous l'angle d'un critère d'économie politique. En effet, au regard de l'exercice effectif des droits de propriété politique, le niveau européen dispose d'un droit de *veto* aux étapes n°1 et n°3 de l'analyse des marchés pertinents. Ce droit de veto prend en compte la possibilité que les Etats membres n'agissent pas en vue de l'intérêt général. Cela implique que l'exercice des responsabilités réglementaires ne peut être jugé efficace que s'il corrige ce biais politique et favorise des décisions conformes à l'intérêt général. A cet égard, il serait logique que le niveau européen puisse renforcer la cohérence des obligations réglementaires imposées par les Etats membres aux opérateurs puissants, en se faisant conférer aussi un pouvoir de veto sur les obligations réglementaires, comme c'est le cas en matière de définition des marchés et de désignation des opérateurs puissants.

Conclusion de la première section

Cette première section visait à utiliser le concept de remédiabilité de la théorie des coûts de transaction pour déterminer les critères d'alignement conditionnant la correspondance entre les structures de gouvernance candidates et les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents. Nous avons mis en exergue quatre critères associés aux facteurs critiques de l'analyse des marchés pertinents, à savoir le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance, l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires, l'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante, et la spécificité temporelle de la régulation du marché.

En outre, en comparant les niveaux d'exercice théoriques et effectifs des responsabilités réglementaires à chaque étape de la régulation des marchés pertinents, nous avons montré l'importance de prendre en compte le degré d'internalisation des externalités et le degré d'hétérogénéité des préférences comme cinquième critère d'alignement pour juger la pertinence de la répartition des compétences réglementaires entre les niveaux de gouvernance européen et national.

SECTION 2. UN ARBRE DE CHOIX DES STRUCTURES DE GOUVERNANCE

La théorie des coûts de transaction explique la diversité des structures de gouvernance comme étant une réponse à la diversité des aléas résultant des hypothèses comportementales et des caractéristiques des transactions. Cette mise en correspondance est à la base de l'hypothèse d'alignement de la théorie de coûts de transaction qui établie la condition de l'efficacité organisationnelle (Cf. Chapitre 4).

Dans cette section, nous mettons en œuvre le mécanisme d'alignement de la théorie des coûts de transaction en élaborant un arbre de choix des dispositifs de coordination de la régulation des marchés pertinents (section 2.1.). Nous expliquons l'écart d'alignement constaté entre formes théorique et effective de la régulation par les caractéristiques de l'environnement institutionnel qui conditionnent l'alignement optimal (section 2.2.).

2.1. La mise en œuvre du mécanisme d'alignement

Grâce à l'hypothèse d'alignement de la théorie des coûts de transaction, nous faisons correspondre les structures de gouvernance de la régulation avec les arrangements contractuels et les formes organisationnelles identifiés au chapitre précédent. En ordonnant les critères d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents, nous construisons un arbre de choix des structures de gouvernance en fonction de leurs caractéristiques.

A la lumière de cet arbre de choix, il apparaît que l'allocation optimale des compétences réglementaires devrait conduire à la centralisation de la régulation des marchés pertinents au niveau européen (*first-best*). Toutefois, la dépendance à l'égard des caractéristiques de l'environnement institutionnel européen est en partie responsable d'un écart d'alignement entre formes théorique et effective de la régulation. Cela vient corroborer la présomption d'efficacité des formes polycentrique et coordonnée de la régulation des marchés pertinents (*second-best*).

2.1.1. L'élaboration d'un arbre de choix des dispositifs de régulation

Dans les développements suivants, notre objectif vise à construire un arbre de choix des structures de gouvernance illustrant le mécanisme d'alignement des dispositifs de régulation. Pour ce faire, nous exposons les principes de la construction d'un arbre de choix séquentiel, puis nous justifions l'ordre des critères d'alignement des dispositifs institutionnels faisant office de variables booléennes.

2.1.1.1. Les principes de la construction d'un arbre de choix

Un arbre de choix est un moyen d'énoncer la résolution d'un problème sous la forme d'une série d'opérations à effectuer, i.e. la mise en œuvre d'un algorithme. Si ces opérations s'exécutent en séquence, il s'agit d'un algorithme séquentiel. Nous proposons de construire un arbre de choix séquentiel pour représenter le mécanisme d'alignement des dispositifs de régulation.

Cette résolution présente l'avantage d'une représentation à la fois compacte et simple à élaborer. L'arbre de choix fonctionne grâce à des variables booléennes, i.e. nécessitant une réponse binaire du type *oui* ou *non*, qui sont en l'occurrence les critères d'alignement des dispositifs institutionnels de la régulation des marchés pertinents.

La principale difficulté réside dans la manière d'ordonner les variables booléennes les unes par rapport aux autres. En effet, ces variables une fois rangées dans un certain ordre donnent un unique arbre de choix. Toutefois, il existe autant d'arbres de choix que de façons différentes de permuter les n variables considérées, soit un nombre égal à la factorielle de n (notée n!), n étant un nombre entier naturel positif. La factorielle de *n* est définie par :

$$n! = \prod_{i=1}^{n} i = 1 \times 2 \times 3 \times \cdots \times (n-1) \times n$$

Cependant, les n! solutions ne sont pas toutes logiques. Il est nécessaire de justifier la hiérarchisation des variables booléennes pour parvenir à un unique arbre de choix cohérent avec notre modèle heuristique.

2.1.1.2. L'ordonnancement et l'applicabilité des critères d'alignement

Pour élaborer l'arbre de choix des structures de gouvernance de la régulation des marchés pertinents, nous allons ordonner les critères d'alignement les uns par rapport aux autres.

Le présent chapitre (Cf. Section 1) nous a permis de définir quatre critères d'alignement propres aux caractéristiques techniques de la régulation des marchés pertinents. Nous avons complété cette liste par un cinquième critère relatif à l'internalisation des externalités et à l'hétérogénéité des préférences. Ce critère intervient également dans le choix de l'exercice des compétences réglementaires par les niveaux de gouvernance européen ou national.

L'ensemble de ces critères sert à la construction de l'arbre de choix des structures de gouvernance de la régulation. Les voici récapitulés ci-dessous :

- le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance ;
- l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires ;
- l'absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante ;
- la spécificité temporelle des relations réglementaires ;
- l'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences.

Le nombre de critères d'alignement étant égal à cinq, la factorielle de cinq, notée 5!, a pour résultat 120 permutations possibles, soit 120 arbres de choix. Dès lors, comment ordonner les critères d'alignement et leurs effets cumulatifs pour déterminer la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés pertinents ? La difficulté réside dans l'obtention d'un ordre qui soit cohérent avec l'hypothèse d'alignement de la théorie des coûts de transaction. Le tableau n°27 ci-après présente la logique de notre ordonnancement des critères d'alignement applicables aux structures de gouvernance réalisables.

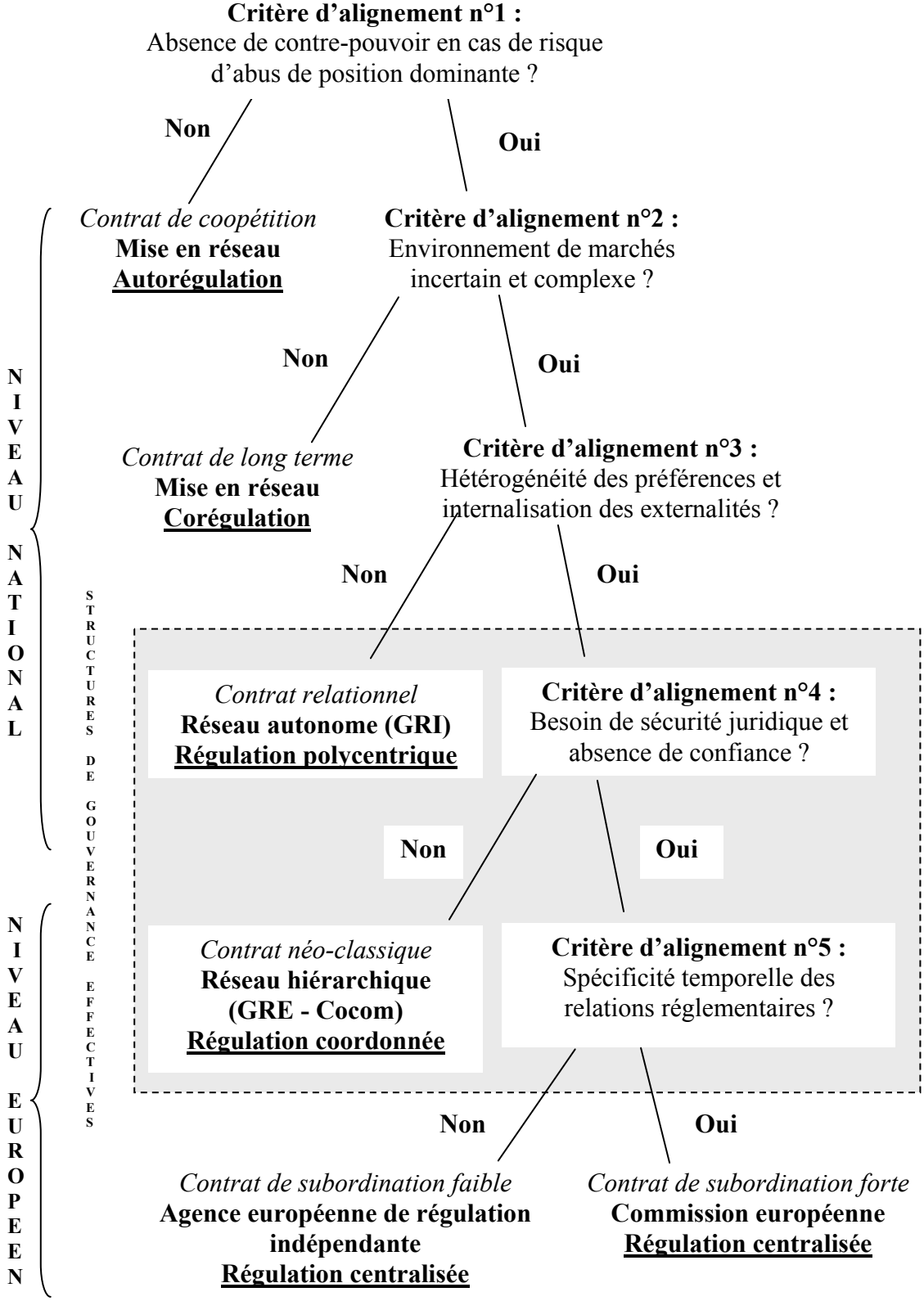
Tableau n°27 : L'ordonnancement et l'applicabilité des critères d'alignement

Critères d'alignement (CA)	**Structures de gouvernance** (SG)					
	SG A : Autorégulation	SG B : Corégulation	SG C : Régulation polycentrique	SG D : Régulation coordonnée	SG E : Régulation centralisée	
					faible	forte
CA n°1 : Absence de contre-pouvoir en cas de risque d'abus de position dominante	A1 : non	B1 : oui	C1 : oui	D1 : oui	E1 : oui	E'1 : oui
CA n°2 : Environnement de marchés incertain et complexe	A2 : non	B2 : non	C2 : oui	D2 : oui	E2 : oui	E'2 : oui
CA n°3 : Hétérogénéité des préférences et internalisation des externalités	A3 : non	B3 : non	C3 : non	D3 : oui	E3 : oui	E'3 : oui
CA n°4 : Besoin de sécurité juridique et absence de confiance	A4 : non	B4 : non	C4 : non	D4 : non	E4 : oui	E'4 : oui
CA n°5 : Spécificité temporelle des relations réglementaires	A5 : non	B5 : non	C5 : non	D5 : non	E5 : non	E'5 : oui
Degré d'alignement	- aligné →					+ aligné

Le tableau se lit en colonne de gauche à droite. Pour chaque structure de gouvernance notée de A à E, nous déterminons l'applicabilité des critères d'alignement, numérotés de 1 à 5, correspondant à la régulation des marchés pertinents. Concernant la structure de gouvernance centralisée, nous distinguons deux formes de structure de gouvernance afin de prendre en compte l'effet du critère de spécificité temporelle sur le choix entre une forme de centralisation dite faible (Agence européenne indépendante) et une forme de centralisation dite forte (Commission européenne).

Pour chaque paire formée (A1, A2, A3,…, E'3, E'4, E'5), il est possible de dire si *oui* ou *non* le critère d'alignement considéré est applicable à la structure de gouvernance considérée. Le cumul des critères d'alignement a pour effet d'ordonner les structures de gouvernance de la moins alignée (autorégulation) pour laquelle aucun des critères d'alignement ne s'appliquent, à la structure de gouvernance la mieux alignée (régulation centralisée forte) pour laquelle tous les critères d'alignement s'appliquent. Cette représentation sous la forme d'un tableau est commode pour préfigurer l'arbre de choix des dispositifs de coordination de la régulation des marchés pertinents, présenté au schéma n°13 ci-après.

Schéma n°13 : Un arbre de choix des structures de gouvernance de la régulation des marchés pertinents



L'arbre de choix agence les critères d'alignement les uns par rapport aux autres. Il permet d'associer chaque structure de gouvernance à une forme organisationnelle de la régulation et à un type de contrat réglementaire, en suivant la logique de la mise en correspondance des structures de gouvernance établie au tableau n°24 du Chapitre 6.

Le schéma distingue deux niveaux de gouvernance. Le niveau national comprend les formes de l'autorégulation, de la corégulation et de la régulation polycentrique, tandis que le niveau européen comprend la régulation coordonnée et la régulation centralisée. Toutefois, les deux niveaux de gouvernance s'interceptent et se confondent en raison de la coexistence de la mise en réseau autonome des régulateurs nationaux (régulation polycentrique) et de la mise en réseau hiérarchique (régulation coordonnée).

La terminaison de l'arbre de choix indique la structure de gouvernance qui est théoriquement, selon notre raisonnement, la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés. Il s'agit de la régulation centralisée pilotée sous la forme de la Commission européenne et par un contrat de subordination forte.

D'après l'arbre de choix, l'allocation optimale des compétences réglementaires devrait donc conduire à une centralisation de la régulation des marchés pertinents au niveau européen. Or ce sont les structures de gouvernance de la régulation coordonnée et de la régulation polycentrique qui sont effectives en réalité. Dès lors, comment expliquer cet écart d'alignement ?

2.1.2. L'écart d'alignement entre les structures de gouvernance théorique et effective

Pour rendre compte de l'écart d'alignement entre formes théorique et effective, deux ordres d'explication peuvent être mobilisés sur le fondement d'une forte dépendance à l'égard des caractéristiques de l'environnement institutionnel européen. D'une part, le choix des structures de gouvernance de la régulation s'insère dans la question plus générale de l'exercice de la fonction exécutive et de l'équilibre des responsabilités des institutions européennes et nationales[163].

[163] "In the European Union context, regulatory policy can often not be designed from a first-best standpoint. It is framed by the legal and institutional structures that are enshrined in successive EU treaties and these in turn reflect evolving political, social and economic prerogatives and compromise between member states" (CAWLEY [2003] p. 153).

L'Union européenne est une organisation internationale fondée sur des Traités liant ses Etats membres. Cela se traduit dans l'architecture institutionnelle par la prééminence d'un mode de fonctionnement dominé par une logique intergouvernementale. D'autre part, ces caractéristiques propres à l'environnement institutionnel européen s'illustrent à travers la doctrine Meroni qui conditionne la délégation de pouvoirs de régulation à Traités constants.

2.1.2.1. La prééminence d'une logique intergouvernementale

Un des principes fondamentaux du système de l'Union européenne est le principe de l'équilibre entre les institutions. Ce principe est propre à la méthode communautaire. La méthode communautaire est un processus de décision orientée vers le consensus, fondé sur l'élaboration de compromis avant toute décision politique. La Commission européenne initie et exécute les décisions. Le Conseil des ministres et le Parlement européen adoptent la législation et les budgets. Le Conseil européen fixe les orientations politiques. Le Parlement européen contrôle l'exécution du budget et des politiques.

Toutefois, la Communauté tend à s'établir progressivement sous la forme d'un Etat régulateur (MAJONE [2001]). Ce phénomène s'illustre à deux niveaux. D'une part, il y a un processus de transfert de l'exercice du pouvoir des Parlements en faveur du pouvoir exécutif qui tend à se comporter en législateur. D'autre part, à ce transfert vers l'exécutif s'ajoute une montée en puissance de la bureaucratie. L'existence d'un réseau administratif européen, alliant administrations nationales et administration communautaire, échappe à la fois au contrôle effectif des Parlements nationaux et du Parlement européen (PECH [2002] p. 3).

De surcroît, le modèle communautaire de régulation est fondé sur une harmonisation supranationale et une décentralisation administrative nationale de l'application de la réglementation. Cette imbrication des compétences est caractéristique du fonctionnement du système politico-administratif européen qui intègre non seulement les institutions de l'Union européenne, mais également l'ensemble des institutions des Etats membres. Les phases d'élaboration, de mise en œuvre et de contrôle de la réglementation sont caractérisées par la confrontation des intérêts nationaux et communautaires, et par un dialogue continu entre les représentants des institutions communautaires et ceux des Etats membres. Toutefois, le Traité confère à l'Union

européenne des compétences administratives propres seulement dans de rares domaines dans lesquels une administration communautaire semble le seul moyen efficace de mise en œuvre. Une question vient alors naturellement : pourquoi les auteurs des Traités ont-ils choisi d'imposer de telles contraintes à la Communauté pour la délégation de pouvoirs de régulation ? La sous-section suivante tente d'y répondre.

2.1.2.2. La doctrine Meroni et la délégation de pouvoirs de régulation

Les traits caractéristiques de l'environnement institutionnel européen, i.e. l'équilibre des rapports de forces politiques, le dialogue permanent et le consensus, justifient les difficultés de mise en œuvre de la centralisation complète de la régulation au niveau européen. Pour corroborer cette analyse, nous invoquons la doctrine Meroni qui fait obstacle à la délégation de pouvoirs de régulation discrétionnaires à des instances non prévues par les Traités, au nombre desquels figurent les agences européennes.

Les agences telles qu'elles existent au niveau européen ne sont pas dotées de larges pouvoirs. Cela tient principalement à deux raisons. La première est l'article 4 (article 7 nouveau) du Traité de Rome qui énumère de manière limitative les institutions assurant les tâches confiées à la Communauté, à l'exclusion des agences. Il précise que chacune d'elles agit « dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le Traité ». Cela est généralement interprété comme une interdiction d'instituer des organes supplémentaires, à moins de réviser le Traité.

Dès 1958, la Cour européenne de Justice précisait que la délégation des pouvoirs des institutions communautaires à des organismes *ad hoc* non envisagés par le Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier n'était possible que dans des conditions très strictes, dans tous les cas, il n'était pas possible de déléguer des pouvoirs discrétionnaires étendus. Cette doctrine, connue sous le nom de « doctrine de Meroni »[164], est généralement considéré comme applicable, *mutatis mutandis*, dans le contexte plus large du Traité de Rome (MAJONE [1996] p. 37).

[164] Selon le jugement rendu par la CJCE, les institutions communautaires ne peuvent pas « conférer des pouvoirs différents de ceux que l'autorité délégante a reçus elle-même du Traité ». En d'autres termes, les institutions communautaires ne peuvent pas doter les Agences de pouvoirs dont elles ne jouissent pas elles-mêmes. En outre, une délégation de pouvoirs, pour être compatible avec le Traité, doit impliquer « des pouvoirs exécutifs clairement définis dont l'exercice peut être sujet à une revue stricte à la lumière de critères déterminés par l'autorité délégante » (Cas 1056, Affaire Meroni contre Haute Autorité, Rec. 1957-1958, p. 133).

L'application de la doctrine Meroni aux industries de réseau restreint la possibilité d'instituer des agences communautaires qui jouiraient de pouvoirs législatifs, exécutifs et quasi-juridictionnels. La régulation en ces domaines est par essence économique et requiert des évaluations complexes, l'exercice d'une marge d'appréciation, ainsi que la possibilité d'adopter des normes quasi-juridictionnelles de telle manière à clarifier le cadre réglementaire dans lequel les opérateurs interviennent. Pour ces raisons, il n'a pas été institué à ce jour de régulateur communautaire dans des secteurs comme les communications électroniques et l'énergie.

La deuxième raison tient à l'absence d'une véritable tradition de délégation des pouvoirs au sein de la Communauté. En effet, traditionnellement, la Communauté élabore une législation qui, ensuite, est transposée par chaque Etat Membre dans son ordre juridique interne. A cet égard, la technique de l'harmonisation des législations nationales préserve les prérogatives des administrations nationales (DEHOUSSE [1997]).

En effet, d'une part, les Etats membres participent au processus décisionnel au sein du Conseil des ministres. D'autre part, les Etats membres, en vertu de la marge d'appréciation qui leur est reconnue dans les Traités, jouent un rôle déterminant dans la transposition des directives d'harmonisation. Si on néglige les pouvoirs importants dont dispose la Commission européenne en matière de concurrence, d'anti-dumping et de politique agricole, la Communauté ne s'est jamais réellement écartée de son mode traditionnel d'administration décentralisée. C'est pourquoi la délégation à des organismes autonomes de pouvoirs étendus en matière de législation et d'application de la loi a toujours été perçue par les Etats membres comme une interférence inadmissible qui risquait de modifier le délicat équilibre des pouvoirs qui a gouverné le développement des compétences de la Communauté. Il en résulte un certain équilibre des pouvoirs que pourrait venir contrarier la délégation de pouvoirs de régulation aux agences européennes.

L'absence d'une véritable tradition européenne de régulation au moyen d'autorités indépendantes explique certainement en partie les réticences des gouvernements nationaux à accepter l'institution de pareilles autorités au niveau communautaire. Des organismes spécialisés dotés de pouvoirs étendus et indépendants ne font pas partie de la culture administrative européenne. D'où les réticences des gouvernements nationaux à concéder à des organismes européens des pouvoirs qu'ils n'étaient pas disposés à déléguer à des organismes nationaux. Par exemple, pour la création de l'Agence

européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA), la France a fait valoir deux conditions préalables à toute structure européenne : l'absence de responsabilité opérationnelle en matière de surveillance, de contrôle ou de gestion des incidents touchant à la sécurité des réseaux d'information ainsi qu'une garantie du contrôle des Etats membres sur les activités de l'ENISA.

Dans ce contexte, les agences européennes se voient confier essentiellement des tâches de collecte et d'analyse de l'information, sans véritable possibilité de contrôler l'application de la régulation européenne par les Etats membres. Exceptionnellement, certaines agences européennes ont été chargées de prendre des décisions. Toutefois, même dans ce cas, l'exercice de ce pouvoir est étroitement encadré par la Commission européenne soit que cette dernière prenne formellement les décisions, soit qu'elle en contrôle la légalité. Il n'est donc pas assuré qu'une agence européenne soit rapidement créée pour prendre en charge la régulation des marchés pertinents à Traités constants.

2.2. La prise en compte des facteurs politiques dans l'alignement

Les caractéristiques de l'environnement institutionnel européen expliquent les écarts d'alignement entre les structures de gouvernance de la régulation et les formes organisationnelles correspondantes. L'arbre de choix des structures de gouvernance de la régulation des marchés pertinents met en évidence la nécessité de prendre en compte les facteurs politiques de la construction européenne dans le mécanisme d'alignement entre les niveaux de gouvernance européen et national.

Dans les développements suivants, nous considérons l'influence de deux de ces facteurs politiques. D'une part, la délimitation des frontières de compétence entre les institutions réglementaires conditionne la mise en œuvre des dispositifs de régulation. D'autre part, la faisabilité, la crédibilité et l'efficacité de toute structure de gouvernance dépendent de l'acceptation politique des différentes parties prenantes.

2.2.1. La délimitation des frontières de compétence

La séparation des pouvoirs n'est pas généralement recommandé par les praticiens de l'économie, plus enclins à unifier les responsabilités de régulation sous une même institution (ESTACHE et MARTIMORT [1998] p. 9). Toutefois, notre recherche suggère que ce n'est pas la meilleure stratégie quand, dans la conception des règles et des processus, la séparation des pouvoirs entre différents organismes de régulation peut améliorer l'engagement et la crédibilité. Cependant, le système politique européen se prête difficilement à une délimitation claire des frontières de compétences, du fait des relations étroites de dépendance mutuelle entre les institutions européennes. Cette relation d'interdépendance est une des clés de la compréhension de l'innovation institutionnelle dans l'Union européenne.

Le système politique européen se caractérise par l'interpénétration des pouvoirs et la multiplicité des acteurs décisionnaires, une sorte de « gouvernance à niveaux multiples », dans lequel de nombreux acteurs publics et privés interagissent dans le processus décisionnel communautaire aux niveaux local, régional, national et européen. Cette forme de communauté politique ignore la centralisation étatique du pouvoir. Sa particularité institutionnelle, éloignée du schéma classique de séparation des pouvoirs, échappe à la logique parlementaire et ne permet pas une mise en jeu claire des responsabilités politiques (HOOGHE et MARKS [2001]).

L'Union n'est censée exercer de compétences que parce que les Traités, ratifiés par chaque Etat membre conformément à ses procédures nationales, lui ont attribué des missions et des moyens pour agir. Lorsque l'Union ne dispose pas d'une compétence exclusive, elle doit respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité, c'est-à-dire adapter son action en fonction des besoins et agir à bon escient dans la stricte mesure nécessaire pour atteindre les objectifs qu'elle se fixe.

Toutefois, ni la traduction de ces principes dans les différentes dispositions des Traités, ni leur application ne suivent une logique uniforme. Si bien qu'il est difficile de délimiter l'étendue des compétences exercées par l'Union dans les domaines où les Etats membres demeurent également compétents. La pluralité des acteurs tend à favoriser la mise en œuvre de dispositifs de coordination complexe et polycentrique.

2.2.2. La crédibilité politique et l'effectivité juridique

Il n'est pas évident *a priori* que les Etats membres soient disposés à déléguer des pouvoirs de régulation s'étendant bien au-delà du niveau exigé par le Traité fondateur ou par la logique de marchés de plus en plus intégrés. La présence d'externalités négatives ne suffit pas nécessairement à empêcher une coordination effective entre des acteurs indépendants (COASE [1960] p. 62). Cela a pour conséquence que la justification de la régulation supranationale est la défaillance de la régulation plutôt que la défaillance du marché. Les défaillances du marché dont l'impact est international pourraient être traitées au moyen de la coopération intergouvernementale sans qu'il soit nécessaire de déléguer des pouvoirs de régulation à un organe supranational comme la Commission européenne.

Toutefois, cela requiert que les autorités de régulation nationales aient à la fois la volonté et la capacité de tenir compte des répercussions internationales de leurs décisions ; qu'elles aient une connaissance suffisante de leurs intentions réciproques ; que les coûts de transaction que représentent l'organisation et la supervision de la coordination politique ne soient pas trop élevés ; enfin et surtout, que chacune puisse avoir l'assurance que les autres appliqueront de bonne foi les décisions communes.

Cela revient à prendre en compte la faisabilité politique d'une structure de gouvernance en considérant la position des divers acteurs impliqués en termes de demande et d'acceptabilité, en particulier la position des gouvernements, des régulateurs nationaux, des institutions communautaires, des opérateurs de réseaux et des industriels du secteur. Il ne suffit pas que l'opportunité soit démontrée pour que la faisabilité politique soit aisée. La création d'une institution nouvelle peut en effet susciter des réticences tant de la part des administrés - les opérateurs, les usagers et les consommateurs - que des administrations concurrentes - les services de la Commission européenne, et en premier lieu les Directions générales de la Concurrence et de la Société de l'Information investies respectivement de la fonction de surveillance de l'application des règles de concurrence et de contrôle des marchés de communications électroniques, les gouvernements des Etats membres et leurs ministères, les régulateurs nationaux ou subnationaux (par exemple les *Länder* en Allemagne).

Conclusion de la deuxième section

Dans cette section, nous avons élaboré un arbre de choix des dispositifs de coordination de la régulation des marchés pertinents. Nous en avons déduit que l'allocation optimale des compétences réglementaires devrait conduire à une centralisation de la régulation des marchés pertinents au niveau européen. Toutefois, est-ce politiquement admissible ? De fait, ce sont les structures de gouvernance de la régulation coordonnée et de la régulation polycentrique qui sont effectives en réalité.

La prise en compte des caractéristiques de l'environnement institutionnel européen justifie cet écart d'alignement, et suggère que le choix du dispositif le mieux aligné ne peut ignorer la question plus générale de l'exercice de la fonction exécutive et de la définition des responsabilités des institutions dans l'Union européenne. Le choix d'une structure de gouvernance donnée implique nécessairement l'acceptation politique des différentes parties prenantes.

SECTION 3. VERS UN COMPROMIS ENTRE ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL ET EFFICACITÉ

A la lumière des analyses précédentes, nous proposons dans cette dernière section deux types de recommandations à l'attention des décideurs politiques pour concilier la recherche d'efficacité du dispositif réglementaire européen et la prise en compte des caractéristiques de l'environnement institutionnel de l'Union européenne. Dans un premier temps, nous formulons des recommandations relatives à l'équilibre des pouvoirs réglementaires dans un souci de proportionnalité et d'efficacité du dispositif de régulation des marchés de communications électroniques (section 3.1.). Dans un second temps, nous formulons des recommandations relatives au compromis entre intensité incitative et flexibilité pour garantir la légitimité des nouvelles formes de coordination réglementaire dans le système juridique et institutionnel de l'Union européenne (section 3.2.).

3.1. Renforcer l'équilibre dynamique des pouvoirs réglementaires

Le système institutionnel européen repose fondamentalement sur un équilibre dynamique des pouvoirs. Il convient de renforcer cette dynamique en intégrant le dispositif de régulation des marchés pertinents au sein du système institutionnel européen de trois façons : en appliquant le principe de subsidiarité selon une approche contractuelle ; en exerçant un contrôle politique pluraliste et responsable qui préserve l'indépendance de la fonction de régulation ; en privilégiant la transparence du processus de prise de décisions pour une meilleure sécurité juridique.

3.1.1. Appliquer le principe de subsidiarité en privilégiant la méthode contractuelle

Un dispositif de régulation centralisé au niveau européen met en jeu la capacité des Etats membres à superviser les travaux de l'autorité de régulation européenne à travers les compétences partagées de contrôle du Parlement européen et du Conseil des ministres sur la façon dont cette autorité s'acquitte de ses fonctions de mise en oeuvre.

Au lieu de privilégier une subdivision hiérarchique des responsabilités, tous les niveaux institutionnels devraient avoir un rôle à jouer. C'est ce qu'exprime la notion de subsidiarité contractuelle que l'on pourrait paraphraser par une formule telle que

« délégation vers le haut en partant de la base », où des contrats *ad hoc* se nouent pour traiter un problème de régulation déterminé.

Le concept actuel de subsidiarité est à la fois hiérarchique et fonctionnel. Les compétences sont allouées au niveau institutionnel le plus approprié, avec, par exemple, le niveau de l'Union s'occupant de la définition du cadre réglementaire des communications électroniques et le niveau national, par le truchement des autorités de régulation nationales, gérant la collecte des informations et l'analyse opérationnelle des marchés.

Appliquer le principe de subsidiarité en privilégiant la méthode contractuelle reviendrait à conclure des contrats entre les différents niveaux politiques européen et national, pour aborder la question de l'impact de la régulation au plan national, ainsi que celle de la conformité de la collecte des informations avec les directives et règlements concernant plus généralement la confidentialité des données en vertu du droit des affaires.

3.1.2. Exercer un contrôle pluraliste préservant l'indépendance de la régulation

Comment concilier indépendance et responsabilité ? Cette question se pose au dispositif de régulation européen des communications électroniques, en raison de son manque de légitimité démocratique. Toutefois, ce problème se focalise sur le système traditionnel de responsabilité parlementaire, à l'exclusion d'autres formes de responsabilité. Or plusieurs autres méthodes permettent de rendre effective la responsabilité des autorités de régulation. La question de la légitimité touche au problème de la définition d'un niveau approprié de contrôle. Le but de cette responsabilité est de fournir l'information nécessaire pour évaluer les résultats d'une autorité de régulation et son utilisation du pouvoir discrétionnaire.

Le contrôle adapté des actions de la régulation est le garant du bon usage des pouvoirs discrétionnaires, et donc de la légitimité d'action et de l'autorité des décisions. Il s'agit alors dans une première perspective d'un contrôle politique au regard des objectifs assignés à la régulation, et dans une seconde perspective d'un contrôle juridictionnel au regard des règles de droit. Toutefois, la problématique du contrôle est dominée par l'existence d'un double principe d'autonomie qui peut se comprendre dans une optique d'articulation des rapports entre compétences communautaires et compétences nationales. D'une part, le principe d'autonomie institutionnelle laisse à charge des Etats membres

l'organisation des institutions chargées de la mise en œuvre du droit communautaire. Mais, il comporte une obligation de résultat susceptible d'engager la responsabilité tant vis-à-vis des institutions communautaires que de leurs administrés. D'autre part, le principe de l'autonomie procédurale laisse également à la discrétion des Etats membres l'organisation des procédures de décision, mais dans le respect du principe de bonne administration (ZILLER [2004] p. 33). Cette dualité souligne l'importance d'une conception pluraliste des contrôles politique et juridictionnel qui tiennent compte des processus, surtout dans le cas d'une activité complexe comme la régulation des marchés de communications électroniques.

L'indépendance des autorités nationales de régulation et leurs responsabilités envers le public peuvent être complémentaires et se renforcer mutuellement, au lieu de s'opposer. Pour concilier indépendance et responsabilité, il serait nécessaire de mettre en œuvre un système de contrôle plus souple que les méthodes traditionnelles de supervision politique et administrative. Les méthodes permettant de rendre effective la responsabilité sont centrées sur la transparence des processus de régulation. Pour ce faire, une méthode envisageable pourrait être la méthode ouverte de coordination qui se situe à mi-chemin entre la coordination formelle et la décentralisation totale.

La méthode ouverte de coordination (MOC), actuellement utilisée en matière de politiques de protection sociale et d'emploi, pourrait être mise en œuvre dans le domaine de la régulation des communications électroniques. La MOC permet de concilier la prééminence des politiques nationales et l'exigence d'une coordination pragmatique et souple. Elle offre un moyen d'encourager la coopération, d'échanger de bonnes pratiques et de convenir d'objectifs communs et d'orientations communes aux Etats membres. Elle se fonde sur la mesure régulière des progrès réalisés afin que les Etats membres puissent comparer leurs efforts et s'enrichir de leurs expériences mutuelles. La MOC complète, mais ne remplace pas l'action communautaire dans les domaines qui relèvent de la compétence de l'Union européenne. Elle offre des possibilités en matière de gouvernance à plusieurs niveaux, en intercorrélant les différents niveaux institutionnels communautaire et national.

3.1.3. Privilégier la transparence pour une meilleure sécurité juridique

L'exercice de nombreux choix de régulation n'est pas neutre politiquement, compte tenu notamment de la diversité des conditions économiques, des cultures nationales, des structures institutionnelles et des sensibilités politiques au sein de l'Union européenne. Etablis pour évaluer le niveau de concurrence effective de marché et imposer en cas de besoin des remèdes aux opérateurs en position de dominance, les mécanismes d'analyse du niveau de concurrence ont produit des analyses de qualité, mais aussi engendré une procédure complexe et lourde pour les régulateurs nationaux et les opérateurs, ainsi que des délais importants (Cf. Chapitre 5). Il conviendrait de rendre plus transparent le processus de régulation des marchés pour garantir une meilleure sécurité juridique des investissements dans le secteur des communications électroniques.

En association étroite avec les régulateurs nationaux, les règles et les procédures des analyses de marchés devraient être simplifiées concernant notamment la procédure de consultation communautaire relative à la définition et à l'analyse des marchés, et la procédure de notification aux régulateurs et à la Commission européenne. En outre, la concurrence progressant, la segmentation des marchés devrait être examinée avec le souci de concentrer l'action des régulateurs sur les principaux problèmes d'accès aux infrastructures essentielles.

A l'égard des régulateurs, une procédure d'urgence devrait être mise en œuvre, afin de leur permettre, en toutes circonstances, de faire valoir leur position, notamment en cas de contrôle juridictionnel *ex post* de leurs décisions.

Le Cocom, quant à lui, devrait être doté d'un droit d'alerte précoce en matière de contrôle du respect des règles de la régulation des marchés pertinents. Ce mécanisme lui permettrait d'adresser, dans un délai déterminé à compter de la date de transmission du projet de mesure réglementaire à la Commission européenne, un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime que le projet de mesure en cause n'est pas conforme aux règles.

Concernant les entreprises, les contraintes liées au délai des analyses de marchés pertinents impliquent une stratégie différente visant à les associer plus étroitement à la régulation des marchés. Les entreprises auraient tout intérêt à s'exprimer le plus en amont possible, en développant un échange permanent avec les régulateurs nationaux dans la phase d'analyse des marchés, avant même la transmission des projets de mesure

réglementaire. C'est au début du processus que leur intervention serait la plus efficace pour instaurer des relations de confiance avec les autorités nationales de régulation.

3.2. Arbitrer entre intensité incitative et flexibilité

L'efficacité du dispositif réglementaire européen requiert un savant compromis entre intensité incitative pour atteindre les objectifs visés par la politique européenne de libéralisation du secteur des communications électroniques, et flexibilité pour légitimer la nouvelle forme de coordination réglementaire dans le système juridique et institutionnel de l'Union européenne. Cela passe par une véritable dynamique de projet, une confiance mutuelle accrue, une plus grande coordination des politiques de concurrence et de régulation sectorielle, et aussi une gestion plus rigoureuse des délais.

3.2.1. Assurer un contrôle démocratique à l'appui d'une dynamique de projet

Dans le dispositif de régulation des marchés pertinents, les décisions ne sont pas guidées par l'opinion majoritaire, mais par des experts, supposés mieux à même de traiter certaines questions parfois complexes pour corriger les défaillances de marché. Elles ne relèvent donc pas d'un contrôle démocratique. Concrètement, l'emprise de l'expertise dans le dispositif réglementaire intervient au sein du Cocom et du GRE, consultés par la Commission européenne en amont de l'élaboration du cadre réglementaire européen.

Toutefois, du point de vue politique, toute décision prise par des spécialistes non élus et donc, non révocables par le peuple, n'est pas démocratique, puisqu'elle n'assure aucun contrôle des citoyens sur les décisions prises. Dans le livre II de De l'esprit des lois, intitulé « Des principes des trois gouvernements », Montesquieu montre que derrière les formes des institutions, il faut rechercher le principe qui les fait mouvoir[165]. Est ainsi posée la question de la légitimité des pouvoirs. Il n'y a pas de légitimité, du moins dans l'ordre du pouvoir politique, hors du principe électif.

[165] « La théorie de la séparation des pouvoirs, en tant que garantie de la démocratie, ne repose pas sur une opposition tranchée entre trois organes qui exerceraient chacun séparément une fonction – législative, exécutive ou judiciaire – mais bien plutôt sur l'intervention de plusieurs organes dans l'exercice de chacune des fonctions, en application du principe qu'aucune fonction ne doit être concentrée au profit d'une seule personne ou d'une seule institution. Le système institutionnel de l'Union européenne n'échappe pas à ce schéma d'analyse » (ZILLER [2004] p. 5).

Un pouvoir procède directement de l'élection ou est responsable devant un pouvoir élu. Aussi la justice, qui ne répond à aucune de ces deux conditions, est-elle qualifiée non de pouvoir, mais d'autorité. La gageure est donc de rendre démocratiquement légitime le processus de régulation des marchés pertinents dans lequel l'expertise joue, par définition, un rôle très important.

La responsabilité électorale se trouvant de fait exclue, ou du moins affaiblie, par la nature même du système réglementaire européen, c'est vers des solutions de contrôle continu que devrait se tourner l'Union européenne. Il s'agit en l'occurrence de confier la fonction de régulation du secteur des communications électroniques à un réseau d'autorités de régulation nationales et européennes, dont l'indépendance, garantie par son statut, doit permettre un contrôle qui, sans être majoritaire, fasse néanmoins jouer la responsabilité des experts. Une institution non majoritaire, i.e. non directement responsable devant les électeurs ou devant les élus, peut ainsi être tenue pour démocratiquement responsable dès lors que sont réunies certaines conditions d'indépendance et de contrôle permettant d'attribuer clairement les responsabilités des choix publics.

Une telle responsabilité serait assurée grâce à une combinaison d'instruments de contrôle : des objectifs clairement définis, une supervision exercée par les commissions spécialisées du Parlement européen, un pouvoir de nomination confié à la Commission européenne, des exigences de procédures strictes, l'obligation de justifier les projets de régulation par une analyse de rentabilité, des principes professionnels, la participation du public et une révision judiciaire sur le fond. Une telle structure de gouvernance esquisse les traits d'un contrôle démocratique d'un type nouveau. Sa qualité démocratique, puisqu'elle est exercée en continu, dépend de la transparence du processus de décision vis-à-vis des citoyens et de l'ampleur du débat public qu'elle peut susciter et de la possibilité d'un recours judiciaire contre les décisions.

Pour que le réseau soit efficace, les membres conviendraient d'objectifs et de critères d'évaluation communs, basés sur des indicateurs mesurables. Le niveau de contrôle démocratique varierait en fonction de l'importance de la décision à prendre. Ce qu'il faudrait définir dans ce contexte, ce sont les procédures permettant de déterminer à quel moment ou à quel stade activer le réseau, ainsi que les interactions requises. Une dynamique de projet faciliterait l'utilisation du réseau, car elle proposerait une finalité commune et définirait le rôle de chaque institution dans l'atteinte des objectifs. Les outils

de gestion du réseau, les objectifs ou encore les mécanismes de financement devraient intégrer des mesures incitatives, afin d'encourager ou de récompenser la collaboration entre les membres.

3.2.2. Instaurer la confiance mutuelle comme condition préalable d'une régulation efficace

L'un des obstacles les plus sérieux à l'efficacité du dispositif de régulation des marchés de communications électroniques provient du manque de confiance mutuelle entre les autorités de régulation nationales d'une part, et entre les autorités de régulation nationales et les autorités européennes d'autre part. Or restaurer la confiance entre les acteurs de la régulation est une des conditions préalables à une régulation efficace.

Le manque de confiance peut refléter une compréhension insuffisante de différentes philosophies de la régulation et des styles nationaux de prise de décision. La demande de régulation centralisée peut ainsi s'expliquer en partie par la crainte que le cadre réglementaire commun ne soit pas appliqué de bonne foi par les autorités nationales. L'état actuel des relations entre la Commission européenne et les Etats membres laisse présager que la centralisation de la régulation au niveau européen a peu de chance d'aboutir. En effet, la réticence des Etats membres vis-à-vis de toute extension des pouvoirs des organes communautaires est manifeste. Le choix de cette option est donc largement conditionné par le rétablissement de la confiance entre la Commission européenne et les Etats membres.

La méfiance manifestée par les Etats membres est responsable, dans une large mesure, de la complexité des réglementations. Peu convaincus de l'empressement de leurs partenaires à appliquer à la lettre les réglementations européennes, et peu familiers des différents styles administratifs nationaux, les représentants des différents pays insistent souvent pour que les obligations mutuelles soient précisées dans tous leurs détails.

Les Etats membres ne se contentent pas de se méfier les uns des autres, ils se méfient de la Commission européenne. La faible crédibilité des accords purement intergouvernementaux explique que les Etats membres soient désireux de déléguer à la Commission européenne d'importants pouvoirs de régulation. En même temps, les gouvernements cherchent à limiter la liberté d'initiative de la Commission européenne en

la plaçant dans la dépendance des informations et des connaissances fournies par les experts des Etats membres. Afin de limiter les pouvoirs discrétionnaires de la Commission européenne, les Etats membres ont créé un système complexe de groupes de travail et de comités composés d'experts nationaux. Or ce système n'a pas beaucoup d'efficacité pour ce qui est de réduire la liberté de décision de la Commission, mais il fait de la précision technique une des priorités du processus de régulation communautaire. La raison en est que les experts nationaux sont souvent des techniciens étroitement spécialisés que les résultats en matière d'efficacité et de facilité d'application intéressent moins que le processus lui-même. A la différence des autres groupes d'intérêts, les experts sont plus soucieux du processus de régulation que des résultats. Ils ont un certain intérêt à ce que la réglementation soit complexe parce que la complexité accroît la valeur de leur compétence.

A cet égard, les réseaux sont importants. Ils relient des individus beaucoup plus que des organisations. Ils permettent aux personnes de se rencontrer, d'interagir, d'apprendre à se connaître, afin de développer les relations de confiance indispensables à l'efficience et à l'efficacité d'un réseau. Un réseau efficace serait construit soit sur des personnes qui ont déjà travaillé ensemble ou qui partagent les mêmes valeurs et objectifs, soit sur des personnes qui n'adhèrent pas aux mêmes valeurs ou objectifs, mais que l'on fait travailler ensemble sur des tâches communes pour qu'elles échangent leurs expériences, qu'elles apprennent les unes des autres et qu'elles nouent des relations de confiance.

3.2.3. Coordonner les actions des autorités de concurrence et de régulation sectorielle

Le processus de l'analyse des marchés pertinents met en exergue le besoin de coordonner plus étroitement les actions des autorités de la concurrence et de la régulation sectorielle. La directive cadre du 7 mars 2002 a instauré une procédure visant à déterminer *ex ante* les marchés susceptibles d'être régulés. Pour qu'un marché puisse être régulé, il faut, notamment, que les instruments du droit de la concurrence ne soient pas suffisants pour remédier aux défaillances des marchés. Le processus ainsi engagé dans le secteur des communications électroniques devait éviter d'avoir à utiliser le droit de la concurrence pour régler des problèmes relevant à l'évidence de la régulation *ex ante*. Le principe général édicté par la Commission européenne est que la réglementation

sectorielle ne se justifie que lorsque le droit de la concurrence n'est pas capable de remédier à lui seul aux défaillances persistantes des marchés concernés.

Toutefois, la question se pose de savoir dans quelles circonstances le droit de la concurrence est incapable de remédier aux défaillances de marché. Cette question suppose, au préalable, de déterminer les limites aux modes d'intervention possibles des autorités de la concurrence et à l'utilisation qu'elles font du droit de la concurrence. Les autorités de la concurrence communautaires reconnaissant la doctrine des infrastructures essentielles, appliquent le droit de la concurrence de manière extensive. Cela pose des difficultés au moment de définir les marchés pour lesquels le droit de la concurrence ne suffit pas à remédier aux défaillances de marché.

Une certaine perméabilité existe aujourd'hui au niveau communautaire entre les champs d'action des autorités de la concurrence et des autorités de régulation sectorielles. Cette perméabilité est accentuée par une évolution récente de la pratique des autorités de la concurrence européennes, à savoir l'utilisation croissante d'instruments d'intervention *ex ante*, y compris, mais pas seulement, dans des secteurs régulés. S'il n'existe pas de régulateur sectoriel ou si le régulateur n'a pas la compétence juridique nécessaire pour intervenir, l'autorité de la concurrence peut être amenée à utiliser ses propres instruments pour combler l'absence de régulation. C'est le vide juridique au niveau du droit sectoriel qui rend nécessaire les interventions *ex ante* de l'autorité de concurrence. Par exemple, la Commission européenne utilise les règles et les procédures du droit de la concurrence (notamment la notion de tarif « équitable » figurant à l'article 82 du Traité) pour interférer dans le processus de régulation au niveau des Etats membres, ou pour négocier directement les tarifs de dégroupage d'un opérateur historique, tarifs soumis au contrôle du régulateur sectoriel national.

D'une manière plus générale, les autorités de la concurrence européennes, qui ont été dotées de moyens d'intervention *ex ante*, notamment le prononcé de mesures conservatoires, utilisent de plus en plus ces dispositions dans une logique de régulation. Ces nouvelles procédures et leur utilisation croissante relativisent la distinction traditionnelle portant sur le *timing* des interventions ; *ex post* pour les autorités de la concurrence, *ex ante* pour les autorités de la régulation. Cela souligne l'importance de veiller à la coordination des actions des autorités de la concurrence et des autorités de la régulation sectorielle.

3.2.4. Gérer les délais de manière rigoureuse

Au plan pratique, la coordination des autorités de la concurrence et de la régulation requiert une gestion plus rigoureuse des délais. Quelles sont les modalités qui permettraient une plus grande rigueur de la gestion du temps dans les procédures de l'analyse des marchés pertinents ? La réponse réside peut-être dans la mise en œuvre d'une chronologie imposée par laquelle le cheminement de l'analyse des marchés serait prédéterminé par la fixation conventionnelle du déroulement des différentes étapes, tout en demeurant dans les limites de l'enveloppe temporelle qui serait fixée par la directive cadre.

Dès la réception des informations qualitatives et quantitatives de la part des opérateurs, l'autorité nationale de régulation fixerait une première réunion de procédure visant à adopter un calendrier à rebours, fermement maintenu afin d'éviter le report des délais de l'analyse des marchés et de la date de la notification. Par la fixation conventionnelle du déroulement de la procédure, le régulateur gérerait plus efficacement les échanges d'information sans aucun point mort entre le moment où les entreprises sont sollicitées et celui où il notifie sa décision à la Commission européenne et aux autres régulateurs nationaux. La durée des analyses de marché serait alors prévue, donc mieux acceptée par les parties. En effet, la perception du temps de l'analyse des marchés qu'ont les acteurs importe beaucoup, bien plus que sa durée mathématique. L'adéquation du temps de la procédure aux différents impératifs qui s'y rejoignent passe par une négociation du temps. Un temps négocié est un temps auquel tous les acteurs ont participé mais, surtout, un temps prévisible qui permet une meilleure acceptation et perception du temps de l'analyse des marchés. Toutefois, il conviendrait d'assortir le respect des délais d'une force obligatoire pour garantir l'effectivité des engagements des parties.

Une culture de la ponctualité et de la diligence procédurale serait à mettre en œuvre par les autorités de la concurrence et de la régulation, nationales et communautaires. Ces dernières devraient être sensibilisées au contrôle du temps, ne serait-ce que parce que leur mission est précisément de veiller au respect des règles de la concurrence. Un encadrement temporel rigoureux permettrait de garantir *in fine* l'efficacité de la régulation dans son ensemble comme service collectif, en diminuant la bureaucratie autant que les risques d'instrumentalisation à chaque étape de l'analyse des marchés, et

en évitant l'encombrement de la Commission européenne dans le traitement des notifications et l'utilisation de manœuvres dilatoires par les autorités nationales de régulation par le retrait des notifications[166].

En définitive, la gestion rigoureuse du temps apparaît indispensable, non seulement dans l'intérêt du service collectif de la régulation qui doit assurer son efficacité, mais également dans celui de la protection des droits des parties. Une procédure d'analyse des marchés trop longue risque de conduire à la négation des droits substantiels des entreprises. Quant à une décision tardive, elle est synonyme d'une solution inefficace pour les marchés. Le délai raisonnable est une des principales conditions de l'équité de la décision. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en fait de multiples applications, à l'égard des Etats membres qu'elle condamne pour violation de cette garantie essentielle. C'est aussi un des cas de mise en cause de la responsabilité de l'Etat pour faute dans l'exécution du service collectif de la régulation. Un délai excessif pour réguler est assimilable à un déni de réguler. Le déroulement de la procédure devrait donc être réglementé et contrôlé afin de délimiter la liberté des parties dans le cadre de l'exercice des analyses de marchés. Il devrait imposer un équilibre entre, d'une part, la nécessité de respecter les droits des entreprises et, d'autre part, le souci d'efficacité du service collectif de la régulation.

Conclusion de la troisième section

Le modèle communautaire de la régulation des communications électroniques, fondé sur une harmonisation supranationale et une décentralisation administrative nationale de l'application de la réglementation, est confronté aux évolutions découlant du degré d'intégration atteint par les marchés. Il y a en effet une tendance à un élargissement de la gamme des instruments politiques de régulation, et à un recours accru aux instruments non législatifs. Toutefois, le Parlement européen n'est présent que de manière limitée dans le dispositif de coordination réglementaire, ce qui conforte certaines craintes de dérives associées à la mise en place du processus des analyses de marchés pertinents.

[166] Au 27 avril 2007, la Commission européenne comptait 60 notices de retrait de projets de mesures réglementaires.

Cependant, la recherche d'une efficacité accrue ne peut justifier un transfert de compétences décisionnelles au profit de parties qui ne seraient pas démocratiquement responsables des conséquences politiques, et qui ne peuvent se prévaloir d'une représentativité ou d'une légitimité démocratique. Le choix des formes possibles de régulation devrait être établi selon le principe de proportionnalité et décidé au cas par cas en fonction d'une évaluation politique *ex ante*, afin de déterminer quelle forme serait la plus appropriée pour répondre à la nature des relations réglementaires.

Bien que le dispositif actuel de la régulation des communications électroniques souffre d'un manque de crédibilité, il demeure une solution institutionnelle relativement efficace et stable au regard des problèmes complexes de la régulation des marchés de communications électroniques dans l'Union européenne. Il nécessiterait toutefois la mise en place de mécanismes de légitimation, qui favorisent la participation de tous les acteurs, la délibération des décisions et la responsabilité politique, tout en étant compatibles avec le fonctionnement polycentrique qui caractérise la régulation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 7

Dans ce dernier chapitre, nous avons tenté de cerner les conditions de détermination de la structure de gouvernance réglementaire la plus efficace, i.e. celle dont les propriétés sont les plus « alignées » sur les attributs de la régulation des marchés pertinents, en utilisant le concept de remédiabilité de la théorie des coûts de transaction. Pour ce faire, nous avons défini les critères d'alignement conditionnant cette mise en correspondance, et nous avons établi un arbre de choix des structures de gouvernance. La centralisation de la régulation au niveau européen semble être l'option théoriquement optimale. Toutefois, il s'est avéré nécessaire d'examiner les obstacles à l'alignement, et de définir les types de contrôles politique et juridictionnel appropriés à exercer. Etant donné qu'il est difficile de s'affranchir des dotations de l'environnement institutionnel européen, la mise en œuvre de la régulation centralisée n'est finalement envisageable qu'à un coût d'opportunité politique élevé.

Notre démarche aurait été incomplète sans formuler des recommandations pour tenter d'aboutir à un compromis équilibré entre environnement institutionnel européen et efficacité de la régulation, et pour proportionner les moyens à utiliser à la réalisation des analyses de marchés. La centralisation de la régulation au niveau européen peut certes corriger des externalités transnationales relatives à certains marchés de gros (marchés de l'audiovisuel et de l'itinérance internationale, par exemple), et peut-être aussi réaliser des économies d'échelle en matière de prise de décision. Toutefois, ce serait au prix de l'uniformisation des décisions entre des administrations qui demeurent différentes du point de vue des préférences ou des besoins sous-jacents.

L'arbitrage entre intensité incitative et flexibilité rend attractive la mise en réseau de la régulation. Cependant, s'il s'agit par la mise en réseau de pallier la rigidité des solutions législatives et de répondre au besoin de mécanismes souples aptes à assurer l'adaptation continue de la réglementation aux problèmes rencontrés par le secteur des communications électroniques, il n'empêche que les solutions apportées par ce mécanisme nécessitent des procédures administratives régies par des règles claires offrant des garanties et dans des délais appropriés pour qu'un contrôle démocratique idoine puisse s'exercer.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Heureux qui, comme Ulysse, a fait un beau voyage,
Ou comme celui-là qui conquit la toison,
Et puis est retourné, plein d'usage et raison,
Vivre entre ses parents le reste de son âge ! »

Joachim DU BELLAY

Cette thèse avait pour dessein de montrer que les développements récents de la théorie des coûts de transaction se prêtent à la construction d'un cadre d'analyse des dispositifs de coordination réglementaire des industries de réseau, et que ce cadre offre un point de vue original sur la mise en œuvre de la réforme de la réglementation européenne du secteur des communications électroniques.

Partant d'une analyse comparative des formes possibles de la régulation des marchés de communications électroniques, notre recherche met en évidence que le choix des instruments politiques pour rationaliser la prise de décisions et organiser l'intervention réglementaire de manière efficace est influencé par les caractéristiques et les dotations de l'environnement institutionnel européen. L'étude de la temporalité de l'analyse des marchés montre la nécessité d'une gestion du temps à la fois rigoureuse et adaptée aux situations concrètes des marchés. A l'heure de l'harmonisation européenne, le problème devient plus aigu, car la perception du temps diffère d'un pays à l'autre. L'harmonisation dans l'optique de concilier le temps et l'analyse des marchés se révèle être un véritable enjeu pour le projet de révision du cadre réglementaire européen des communications électroniques et pour faire de la régulation un service collectif efficace.

Dans cette conclusion générale, il convient de mettre en exergue notre choix d'adopter une approche contractuelle de la régulation pour fil directeur, et de souligner la dynamique de notre démarche analytique. Nous présentons ensuite les conclusions prospectives en termes de gouvernance, les voies futures de recherche, et les enseignements personnels que nous tirons de la réalisation de ce travail.

1. Une approche contractuelle de la régulation pour fil directeur

En se fondant sur l'importance des coûts associés aux relations d'échange, Ronald Coase a montré l'intérêt d'une démarche positive pour étudier le monde tel qu'il est. Cette démarche s'appuie sur la comparaison des coûts de transaction attachés aux

différents modes de production des règles de l'échange. Dans cette perspective, l'Etat ou les pouvoirs publics sont des producteurs de règles parmi d'autres. L'arbitrage en faveur de l'intervention publique ou de n'importe quelle autre solution est une question empirique, où les caractéristiques des transactions, l'incertitude et l'opportunisme constituent les variables de choix. C'est sous cet angle que notre recherche a considéré la mise en œuvre du cadre réglementaire européen des marchés de communications électroniques.

L'approche contractuelle adoptée, en analysant le cadre réglementaire comme un ensemble de règles et d'institutions qui permettent de régir les relations entre les entreprises du secteur, les instances réglementaires et les consommateurs, a fait apparaître les enjeux économiques qui lui sont associés. Cette approche nous a permis de mettre en évidence le rôle des coûts de coordination, la spécificité temporelle des relations réglementaires relatives à l'analyse des marchés, et l'influence de l'environnement institutionnel dans le choix des arrangements par lesquels les parties se créent et échangent entre elles des droits et des obligations mutuelles qui bornent leurs interactions en matière de régulation des marchés.

2. La dynamique de la démarche analytique

Cette thèse se compose de sept chapitres reflétant la progression et la dynamique de notre démarche analytique.

Les deux premiers chapitres portent sur l'évolution du cadre réglementaire européen des communications électroniques avant et après la réforme de 2002. Ils fournissent l'arrière-plan empirique aux questions théoriques soulevées par la régulation décentralisée d'un marché de services publics de réseau. Le troisième chapitre passe en revue les apports et les limites des théories de la régulation des marchés de services publics. Le quatrième chapitre ancre notre démarche dans la lignée des travaux contemporains de la théorie des coûts de transaction et de l'analyse de la régulation des services publics de réseau. Quant aux trois derniers chapitres, ils mobilisent et opérationnalisent les concepts de la théorie des coûts de transaction. Le cinquième chapitre étudie la pertinence et l'efficacité du dispositif européen de coordination réglementaire. Le sixième chapitre propose une méthode de comparaison des structures de gouvernance de la régulation, fondée sur le principe d'alignement et sur la notion de

remédiabilité de la théorie des coûts de transaction. Le septième chapitre tente de déterminer la structure de gouvernance la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés.

Notre démarche analytique commence par décrire les modes de coordination réglementaire en vigueur avant la révision du cadre juridique européen (Chapitre 1). Cela vise à expliquer la transformation du rôle traditionnel des administrations nationales et le développement d'acteurs hétérogènes, porteurs d'intérêts multiples et conflictuels, à la veille de la réforme. La révision des règles adoptées pour accompagner l'ouverture des télécommunications à la concurrence marque la transition d'une économie de la réglementation vers une nouvelle économie de la régulation.

La mise en perspective des relations complexes entre les institutions réglementaires nationales et communautaires nous conduit à étudier la genèse, les enjeux et les conséquences du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques, en insistant sur les mécanismes de coordination des acteurs (Chapitre 2). Nous montrons alors que le réexamen du cadre juridique conduit à remplacer l'ancienne approche fondée sur la coordination par le contrôle de la Commission européenne par une architecture institutionnelle complexe reposant sur des relations de nature contractuelle entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne. Cette forme de décentralisation s'accompagne de mécanismes de coordination et de contrôle entre les régulateurs nationaux, mais également entre les régulateurs nationaux et la Commission européenne.

Toutefois, à ce point de la recherche, il apparaît que la complexité de la structure de gouvernance pose la question de son efficacité au regard des caractéristiques fondamentales du secteur et de son adéquation au regard des nouvelles règles de la régulation des marchés. D'autres structures de gouvernance auraient-elles pu être mises en place, comme, par exemple, une institution supranationale au niveau européen ? Faut-il dans l'Union européenne décentraliser ou, au contraire, centraliser la gouvernance de la régulation des marchés de communications électroniques ? Le mode de gouvernance est-il aligné sur les caractéristiques de la régulation des marchés ?

Telles sont les questions nous conduisant à présenter les fondements théoriques des éléments de la problématique, afin d'identifier la nature du problème économique auquel répond la gouvernance de la régulation des marchés de services publics de réseau (Chapitre 3). Notre attention porte sur la notion de défaillances de marché, qui

justifie traditionnellement l'intervention publique à partir des concepts d'externalités, de biens collectifs et de monopole naturel. Cependant, ces développements théoriques ignorent les sources de défaillances de la réglementation ainsi que les effets des caractéristiques des institutions. Ils ne traitent ni du choix entre les modes d'organisation alternatifs à l'intervention publique ni de leur efficacité comparée. Ils ne peuvent donc pas expliquer la diversité des formes de la régulation. Les travaux qui étudient les problèmes d'asymétrie d'information entre le régulateur et les firmes, et les problèmes de capture du régulateur par l'industrie complètent cette analyse en termes de limites de la réglementation.

Dans la perspective d'une analyse comparative, il nous paraît alors nécessaire de définir un cadre théorique nous permettant d'appréhender les problèmes de coûts de transaction et d'efficacité que pose la coordination des niveaux et des modes de gouvernance de la régulation dans une industrie de services publics de réseau. L'approche théorique que nous privilégions est celle de la théorie des coûts de transaction, car elle offre une grille d'analyse propice à l'étude de l'efficacité des choix organisationnels (Chapitre 4). Nous mobilisons les développements de l'économie néo-institutionnelle et de l'économie politique de la réglementation pour proposer une analyse théorique des formes de la régulation des marchés de services publics de réseau. L'adoption d'une approche contractuelle de la régulation constitue la première étape de cette analyse. Elle montre que la gouvernance de la régulation est le cadre institutionnel au sein duquel se définissent et s'échangent des droits de propriété politique entre les agents pour allouer l'autorité réglementaire entre les régulateurs publics et privés. Ce cadre institutionnel détermine la forme organisationnelle de la régulation, par ses effets sur les mécanismes quasi-contractuels dont l'objet est d'échanger des « droits de réguler », c'est-à-dire des droits relatifs à la conception, à la mise en œuvre, à l'interprétation et au contrôle des règles. Ces mécanismes d'échange recèlent des coûts de coordination, c'est-à-dire des coûts d'organisation des pouvoirs réglementaires et d'exercice des compétences d'exécution entre les institutions.

Cette perspective a suscité à ce jour peu de développements théoriques et peu d'investigations empiriques. En effet, l'approche conventionnelle du design des institutions réglementaires se concentre sur les propriétés des institutions plutôt que de considérer les relations entre elles comme objet d'étude. Or l'identification de ces relations détermine le choix des structures de gouvernance. Elle constitue le point de

départ de notre analyse de l'efficacité du dispositif institutionnel européen de la régulation des marchés du secteur des communications électroniques.

Pour réaliser cette analyse, nous choisissons d'utiliser les outils de la théorie des coûts de transaction. Parmi eux, nous optons pour le principe d'alignement et pour la notion de « remédiabilité », développés dans les travaux de Oliver Williamson. Ces outils se révèlent particulièrement féconds pour analyser les propriétés des relations réglementaires en jeu, et pour déterminer les coûts de coordination qui conditionnent leur alignement sur les caractéristiques inhérentes à la régulation des marchés. A partir de ces éléments théoriques, notre démarche s'articule en trois dimensions distinctes et complémentaires.

La première dimension de notre analyse consiste à évaluer l'efficacité du dispositif européen de coordination réglementaire selon la méthode de la théorie des coûts de transaction (Chapitre 5). En raison de la transposition tardive des directives, le cadre réglementaire est appliqué depuis moins de trois ans dans de nombreux Etats membres. La réalisation d'un bilan apparaît dans ces conditions peu aisé compte tenu de la complexité du sujet, du caractère contradictoire des attentes des différentes parties et des bouleversements substantiels récents ou à venir pour le secteur des communications électroniques. De surcroît, la révision du cadre réglementaire, actuellement à l'ordre du jour de l'agenda politique de la Commission européenne, intervient alors que la transposition du cadre actuel et sa mise en œuvre sont récentes dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, ce qui conduit à une certaine prudence dans l'appréciation des forces et des faiblesses dudit cadre. En choisissant comme objet d'analyse l'enchaînement des relations réglementaires mises en œuvre pour réguler les marchés, nous mettons en exergue les coûts de coordination et la spécificité temporelle propres au travail d'analyse concurrentielle des marchés. La durée de chaque étape introduit des risques de déphasage entre les contraintes temporelles de l'analyse des marchés et la mise en place des consultations et des prénotifications auprès des instances européennes et nationales.

La deuxième dimension de notre analyse a pour objet d'identifier les attributs qui permettent de distinguer et de comparer les structures de gouvernance réalisables pour piloter l'analyse des marchés (Chapitre 6). Il s'agit des modes de mise en œuvre de la régulation des marchés (centralisé ; polycentrique ; coordonné) d'une part, et des types d'agents régulateurs (les pouvoirs publics ; le marché ; la coordination des pouvoirs

publics et du marché) d'autre part. Le croisement des types d'agents régulateurs et des modes de mise en œuvre permet de distinguer trois catégories de structures de gouvernance que nous désignons par les termes « régulation », « corégulation » et « autorégulation ». Chaque catégorie de structures de gouvernance se décline en mode de mise en œuvre centralisé, polycentrique et coordonné. Il en résulte une palette d'options institutionnelles, qui reflète les différentes façons de pouvoir organiser la régulation des marchés. Afin de comparer les structures de gouvernance identifiées, nous associons une forme organisationnelle à chacune d'elles. Cela nous permet de comparer les avantages et les inconvénients des structures de gouvernance à l'aune de trois critères que sont l'application uniforme des règles dans l'Union européenne, la prise en compte des spécificités nationales, ainsi que la flexibilité et la proximité de la régulation aux marchés. Par cette démarche, nous défendons l'idée que le « faire ou faire faire » relatif à l'intégration verticale dans la théorie des coûts de transaction, et le « réguler ou faire réguler » relatif à la gouvernance d'un marché de services publics de réseau sont, dans une certaine mesure, dans un rapport d'analogie. Le choix entre l'une ou l'autre structure de gouvernance dépend de l'analyse comparative des caractéristiques organisationnelles.

Une troisième dimension complète cette typologie pour introduire l'efficacité dans la comparaison des structures de gouvernance réalisables, et choisir celle la mieux alignée sur les caractéristiques de la régulation des marchés (Chapitre 7). Afin d'intégrer les effets des caractéristiques de la régulation des marchés dans la comparaison des structures de gouvernance, nous considérons les critères qui conditionnent l'exercice des droits de propriété politique entre les niveaux de gouvernance européen et national. Il s'agit des facteurs critiques de la régulation des marchés que sont l'analyse des fonctions de demande et de coût, l'appréciation de la position dominante, ainsi que l'importance du facteur temps dans la régulation du marché, mais aussi les effets externes de la régulation et l'hétérogénéité des préférences des agents régulateurs. L'analyse fine de ces facteurs est nécessaire pour en comprendre les implications en termes de coûts de transaction, et pour proposer des critères d'alignement visant à choisir parmi les structures de gouvernance réalisables celles qui minimisent les problèmes découlant de la régulation des marchés. Ces critères d'alignement sont le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance, l'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires, l'absence de contre-pouvoir en cas de

risque d'abus de position dominante, la spécificité temporelle de la régulation du marché, l'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences.

La combinaison des trois dimensions nous conduit à établir sur la base des critères d'alignement un arbre de choix entre les structures de gouvernance qui sont respectivement associées aux formes d'organisation de la régulation et à un certain type de contrat. Une des difficultés à surmonter réside dans la manière d'ordonner les critères d'alignement les uns par rapport aux autres. Dès lors, nous avons à vérifier si le résultat de l'arbre de choix se trouve reflété dans le choix de la structure de gouvernance effectivement adoptée à la suite de la réforme du cadre réglementaire européen.

Cette dernière étape montre que le niveau d'exercice effectivement choisi ne correspond pas à celui attendu. Nous expliquons cet écart par l'influence de l'environnement institutionnel européen sur le choix des modalités de mise en œuvre de la régulation des marchés. La structure de gouvernance issue de la réforme est relativement efficace, dans la mesure où elle répond au besoin de garanties face au pouvoir discrétionnaire et au risque d'opportunisme, inhérents à la régulation des marchés. La complexité de l'architecture institutionnelle, à travers la dispersion des pouvoirs et des compétences, apparaît comme délibérée. Elle sert des intérêts légitimes comme l'équilibre des pouvoirs et la transparence des relations entre les autorités nationales de régulation, les institutions européennes et les acteurs du marché. Certains estimeront que cette situation brouille les responsabilités. D'autres y percevront le signe que la régulation s'adapte aux marchés, et répond en partie à une exigence de contrôle démocratique.

Pour conclure notre démarche, nous formulons plusieurs recommandations relatives à l'équilibre dynamique des pouvoirs réglementaires dans l'environnement institutionnel européen, visant à tenter d'établir un compromis équilibré entre intensité incitative et efficacité du dispositif de régulation des marchés de communications électroniques :

- appliquer le principe de subsidiarité en privilégiant la méthode contractuelle ;
- exercer un contrôle politique pluraliste préservant l'indépendance de la régulation ;
- privilégier la transparence des processus de décision pour une meilleure sécurité juridique ;
- assurer un contrôle démocratique à l'appui d'une dynamique de projet ;

- instaurer la confiance mutuelle comme condition préalable d'une régulation efficace ;
- coordonner les actions des autorités de concurrence et de régulation sectorielle ;
- gérer les délais de manière rigoureuse.

3. Coordination des régulations nationales et intégration européenne : conclusions prospectives en termes de gouvernance

Face à des marchés de communications électroniques en constante mutation, la libéralisation ne garantit pas la convergence et encore moins l'intégration de ces marchés. Le besoin d'un certain degré de coordination institutionnelle se fait sentir. La régulation, conçue et mise en œuvre dans le contexte de réseaux d'acteurs, caractérisés par de fortes dépendances interorganisationnelles, répond à ce besoin croissant de coordination. Cependant, les réseaux d'acteurs représentent une solution parmi d'autres, et se révèlent plus efficaces pour certains types de transactions que pour d'autres. En particulier, ils ne sont pas un substitut à l'Etat de droit ou à la méthode communautaire, mais ils peuvent les conforter et leur permettre de répondre aux défis que posent la diversité accrue des marchés ainsi que le rythme accéléré des changements technologiques comme la migration des réseaux ver le tout « IP », l'utilisation croissante des communications sans fil et des plates-formes d'accès sans fil (3G, WiFi, WiMAX et satellite, par exemple), le déploiement des liaisons en fibres optiques dans le réseau d'accès local, et le passage à la télévision numérique.

Au total, les difficultés pour aboutir à une répartition économiquement rationnelle des compétences en matière de régulation des marchés pertinents entre l'Union et les Etats membres tiennent sans doute à une série de facteurs :

- le caractère évolutif de l'intégration européenne et la complexité des interactions qui régissent le fonctionnement des institutions ;
- la nécessité d'assurer la crédibilité et la faisabilité politiques de l'édifice communautaire ;

- le besoin de trouver des formes de coopération interétatiques dans la réglementation des marchés de services publics de réseau où les externalités justifient une action conjointe, mais où la mise en œuvre demeure de la responsabilité des Etats.

L'approche plurielle et polycentrique du dispositif de coordination réglementaire européen pose les questions de l'implication des acteurs concernés à tous les niveaux dans le processus décisionnel, de la transparence des procédures de consultation et de l'accessibilité de l'information. Dans ce sens, les outils tels que la mise en réseau des acteurs publics et privés, l'échange systématique d'informations et d'expériences, la coordination des actions et la simplification des procédures devraient être davantage développés dans la gestion politique de la « coopétition » que se livrent les institutions réglementaires au niveau européen.

A cet égard, l'ouverture des réseaux sectoriels aux groupes d'intérêt général (Parlement européen, Parlements nationaux, Comité économique et social, Comité des régions…), représentatifs des intérêts de la société dans son ensemble, apparaît comme une nécessité pour maîtriser la complexité croissante des problèmes. Elle permettrait d'élargir l'appréciation des problèmes en identifiant plus tôt les conflits d'intérêts et en se plaçant d'entrée de jeu « au-dessus de la mêlée ».

Dans cette perspective, le renforcement du GRE, comme nouveau maillage juridique et institutionnel privilégiant la coopération décentralisée entre les régulateurs nationaux, pourrait être considéré à la fois comme un pari et un test pour la poursuite de l'intégration des marchés de communications électroniques :

- un pari, d'une part, sur la capacité des régulateurs nationaux à s'imposer au niveau national dans tous les Etats membres ;
- un test, d'autre part, pour la répartition des rôles entre institutions européennes et nationales dans la régulation d'un secteur où les considérations de service public sont particulièrement présentes et contraignantes, tant pour le législateur national que communautaire.

4. Les voies futures de recherche

Au-delà de ces premiers résultats, qui présentent un caractère largement exploratoire, notre travail permet de dégager plusieurs voies de recherche, susceptibles de prolonger cette analyse économique des formes de la régulation. Ces pistes de recherche au carrefour de l'économie et du droit peuvent être envisagées à partir des problématiques suivantes.

La première voie de recherche concerne l'analyse de l'efficacité. Si elle recense les différents types de structures de gouvernance réalisables, l'approche que nous avons adoptée n'aborde pas la question de la coexistence simultanée de plusieurs d'entre elles. Notre démarche analytique offre néanmoins un cadre général de leurs performances relatives. Sur cette base, il est possible d'entreprendre une évaluation quantitative de leur coût de fonctionnement. La construction d'indicateurs des coûts de la régulation est aujourd'hui souhaitée par les décideurs publics. La comparaison dans le temps et dans l'espace des formes d'organisation de la régulation suppose de nombreux choix méthodologiques, qui peuvent bénéficier de l'éclairage théorique fourni par l'économie néo-institutionnelle et par l'économie politique de la réglementation.

La deuxième voie de recherche vise à comparer les processus de coordination des politiques nationales au niveau européen pour différents secteurs d'industries de réseau (énergie, électricité, eau, etc.), afin de pouvoir isoler une méthode de coordination privilégiée par rapport aux autres. La diversité des marchés de services publics de réseau s'explique-t-elle par la spécificité de chacun des domaines dans lesquels la coordination est envisagée au niveau européen et par les objectifs spécifiques poursuivis dans ce contexte ? Dans ce même sens, y aurait-il des éléments pertinents et permanents de supériorité d'une structure de gouvernance sur l'autre, qui justifieraient sa transposition à d'autres domaines, voire sa généralisation ?

La troisième voie de recherche consiste à prolonger l'analyse proposée à d'autres environnements institutionnels. L'intérêt de notre sujet réside dans les perspectives de comparaison qu'il ouvre. L'application de notre raisonnement à d'autres environnements institutionnels serait facilement réalisable. Par exemple, le caractère original de leur environnement institutionnel fait des pays membres respectivement de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et de la Communauté de Développement de l'Afrique australe (SADEC) des candidats privilégiés. La

structuration régionale des associations de régulateurs soulève plusieurs questions en matière de gouvernance au regard de la mise en œuvre des principes démocratiques comme l'indépendance, la légitimité et la crédibilité de la régulation dans la quête d'une meilleure efficacité et d'une plus grande transparence vis-à-vis du marché et des consommateurs.

5. Les enseignements tirés au plan personnel

Le souci constant dans ce travail de recherche aura été de construire, puis de valider un cadre théorique qui intègre l'efficacité des formes de la régulation dans une perspective néo-institutionnelle. A cet égard, la métaphore médicale est intéressante. Comme le médecin, l'économiste fait un diagnostic avant de choisir entre différentes prescriptions (l'abstention thérapeutique faisant partie de l'arsenal médical) susceptibles d'affecter le fonctionnement d'un organisme disposant déjà de certains moyens de défense « naturels ». Or la médecine ne s'est pas construite à partir d'interrogations sur la manière dont devrait se comporter l'organisme en bonne santé. Elle progresse plutôt par accumulation des connaissances tirées de l'observation des maladies et de l'effet des remèdes administrés pour tenter de les guérir.

Comme le médecin, l'économiste souhaitant conseiller le Prince ne peut se dispenser de faire un examen détaillé, au cas par cas, de chaque patient pour proposer les prescriptions adaptées à sa constitution particulière. Une des conclusions fortes de l'économie néo-institutionnelle est qu'il n'existe pas de remède universellement efficace. Une solution est relativement plus efficace qu'une autre dans un contexte institutionnel donné. Ce parti pris requiert le développement de la recherche fondée sur une fertilisation croisée des disciplines et des approches du droit et de l'économie.

La tâche de l'économiste est d'indiquer quels sont les domaines dans lesquels une centralisation ou une coordination des décisions de régulation se justifient sur la base de critères économiques. Cependant, l'exercice des compétences entre le niveau national et le niveau européen ne découle pas seulement de ces critères, elle résulte aussi de la demande des différentes parties et des réponses que leur apportent les institutions. L'Union européenne reste d'ailleurs une construction à base économique, elle semble perçue ainsi par les citoyens, et sa légitimité tient encore beaucoup plus à sa capacité à assurer la paix et la prospérité qu'au caractère démocratique de ses processus de

décision. Toutefois, la mise en réseau progressive de la régulation des industries de réseau participe d'un mouvement plus général visant à instaurer un contrôle politique davantage pluraliste et démocratique dans l'Union européenne.

Pour finir, ce travail nous a permis de développer notre aptitude à réfléchir sur les présupposés de notre recherche et les modifications que celle-ci apporte à notre manière de concevoir l'efficacité de la régulation et le lien entre le diagnostic de la théorie positive et les prescriptions normatives. C'est la raison pour laquelle nous avons tenu à faire de cette thèse une recherche qui associe réflexion théorique et problème concret, et qui favorise tant le débat économique que juridique sans toutefois réduire la complexité des faits. Nous avons pour cela mis à profit nos expériences professionnelles au sein de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et à l'Agence nationale des fréquences (ANFR), tout en prenant le recul nécessaire à l'analyse objective des enjeux.

ANNEXES

Annexe n°1 - Le fonctionnement du GRE : les principes d'un contrat relationnel

Annexe n°2 – Les règles de procédure de l'article 7 de la directive cadre

Annexe n°3 – La recommandation sur la définition des marchés pertinents

Annexe n°4 – Les lignes directrices sur l'analyse des marchés et la puissance sur le marché

Annexe n°1 :
Le fonctionnement du GRE :
les principes d'un contrat relationnel

Dans cette annexe, nous présentons les règles régissant le fonctionnement du Groupe des Régulateurs européens (GRE). Ces règles illustrent les clauses du contrat relationnel établi entre les autorités nationales de régulation, axé sur la transparence et l'indépendance de leur prise de décision commune.

ERG (03) 07

RULES OF PROCEDURE FOR ERG
as proposed by the European Regulators Group[1]

The European Regulators Group for Electronic Communications Networks and Services (ERG),

Considering

1) the European Parliament and Council Directive on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/21/EC);

2) all related Specific Measures constituting the new EC communications regulatory package;

3) the Decision of the European Commission No. 2002/627/EC of 29 July 2002] establishing the European Group of Regulators for Electronic Communications Networks and Services, hereafter "the Commission Decision".

Considering that a close co-operation as well as exchanges of information between competent regulatory authorities are essential to an effective monitoring of the European telecommunications markets and to the promotion of harmonised implementation across the EU and other European countries of the EC communications legislative framework;

Considering that the role and aim of the Group shall be to advise and assist the Commission in consolidating the internal market for electronic communications networks and services as well as contributing to the development of the internal market and to the application, in all Member States, of the rules set out in the new regulatory framework for electronic communications;

Considering that national regulatory authorities shall take all reasonable measures which are aimed at achieving the objectives set out in Article 7 of the Framework Directive 2002/21/EC;

Considering that the Group shall have advisory status and act independently;

Considering that the Group shall fully respect the prerogatives of Member States and of the institutions, and the institutional balance established by the Treaty;

Considering that efficient rules of procedure are necessary to achieve the above-mentioned objectives;

Having consulted the European Commission;

Has adopted the following rules of procedure:

[1] These proposed Rules of Procedure are subject to the approval of the European Commission in accordance with Commission Decision 2002/627/EC. As agreed at the ERG Meeting of 23 January 2003, these proposed Rules of Procedure will be applied until the finalised Rules of Procedure are available.

Article 1 - Members of the Group and other participants

Members

1.1 In accordance with Commission Decision, Members of the Group shall comprise the heads of each relevant national regulatory authority in each Member State or their representatives. .

1.2 Members of the Group may be accompanied by experts, where necessary.

Other Participants

1.3 Heads (or high-ranking representatives) of the independent regulatory authorities from the EFTA States and those states that are candidates for accession to the European Union shall have the right to participate as observers.

1.4 A high-ranking representative designated by the European Commission shall be entitled to participate in the debates.

1.5 The Group may invite other experts and observers to take part in its meetings.

Article 2 - Objectives

2.1 The Group shall take all reasonable steps to carry out the role described in Article 3 of the Commission Decision. It shall foster co-operation between national regulatory authorities, to the maximum possible extent, as envisaged by Article 7, Framework Directive.

2.2 The Group may co-operate with regulatory authorities and Groups in other regions which have a similar role.

Article 3 - Chairmanship

3.1 In accordance with Article 5 of the Commission Decision, the Group shall be chaired by one of its members, chosen by the Group for a period of 12 months. One or two other members shall be appointed by the Group to act as vice-Chairmen for the same period.

3.2 In the event of absence or incapacity of the Chairman or by delegation of the Chairman, either vice-Chairman shall be empowered to exercise the responsibilities of the Chairman.

Article 4 –Positions or opinions: procedure

4.1 Positions or opinions of the Group shall normally and preferably be reached by consensus amongst all members.

4.2 On a exceptional basis, where, in the view of the Chairman a position or opinion needs to be prepared and a consensus cannot be reached, the Chairman may

determine that the matter shall be decided if at least two thirds of the members are present and support the proposed position or opinion. Any Member has the right to include its individual views in any positions or opinions of the Group. The views of any Members who do not support the position or opinion shall be included in the note referred to in Article 9.3

4.3 Where a matter is urgent, the Chairman may seek agreement to a position or opinion by electronic procedure. In such cases, the Chairman shall set the time-scale for comments and shall set out clearly the consequences of failure to respond within that time-scale.

4.4 The positions or opinions of the Group shall not be binding on its members, but members shall take the utmost account of such positions or opinions . Where national circumstances prevent individual members from applying one of those positions or opinions , their reasoning for not following that position or opinion shall be published. Otherwise, parties to a collective position or opinion would be expected to take all appropriate steps to abide by that position or opinion , except in circumstances which could not be foreseen at the time when the position or opinion was agreed. .

4.5 When the circumstances envisaged in Article 1.6 and Article 4.3 both apply, only one authority from any State shall participate in the preparation of any position or opinion

Article 5 - Working Procedures

5.1 To meet its objective as described in Article 2, the Group shall adopt an annual work programme, having consulted interested parties on its content. The work programme shall be published. The programme shall in particular provide for the adoption of a number of decisions which shall be published after agreement by the Group.

5.2 The Group shall meet at least twice a year. Additional meetings may be agreed upon and organised, when it is necessary or convenient.

5.3 The Group to shall make its best endeavours to consider a matter on which the Commission has requested an opinion according to a time-scale specified by the Commission in the light of the urgency of the matter.

5.4 In accordance with Article 4 of the Commission Decision, decisions of the Group may be delegated to a subgroup.

5.5 The Group may create expert working groups to advise it on specific issues. Membership of such groups may include representatives of other bodies.

5.6 European Commission representatives shall be entitled to participate in the meetings of any committee or expert working group, under the same conditions as in Article 1.5.

5.7 The Group may invite external experts to assist it in its work.

5.8 The Group shall adopt its agenda at the start of each meeting. Any participant shall have the right to place an item on the agenda, unless the Chairman decides that it is impractical to discuss the subject at that meeting.

5.9 The Group shall consider issues raised in the agenda and a draft of any decisions to be agreed upon. The conclusions shall be recorded in the minutes; in addition each participant shall have the right to ask to have its position recorded in the minutes.

5.10 The Commission shall inform the Group of the action, if any, it intends to take in response to its advice and recommendations.

Article 6 – Subgroups

6.1 Subgroups may be created in accordance with Article 5 of the Commission Decision, in order to promote efficient working. The scope of each subgroup shall be defined.

Article 7 - Expert Working Groups

7.1 In accordance with Article 5 of the Commission Decision and Article 5.5 above, the Group may create expert working groups which work on the basis of a mandate and which are discontinued once their task is accomplished.

Article 8 - Secretariat

8.1 The Commission shall provide the secretariat to the Group.

Article 9 - Transparency

9.1 The Group's Secretariat shall create the Group's own web-site, with a public area with access for all, and a restricted area with access for the Group's members and participants and the Commission's services only. Documents to be dealt with at each subsequent Group meeting shall be put on the restricted area for restricted distribution; all public documents mentioned above shall be put in the public area.

9.2 The Group shall publish an annual work programme, having consulted interested parties on its contents. The programme shall in particular provide for the development and maintenance of a number of decisions which shall be published after agreement by the Group.

9.3 The agenda and a note of the decisions agreed upon at the Group's meeting shall be published on the Group’s web-site as soon as possible after the meeting.

9.4 The Group shall publish consultative documents to assist it in its work, statements of agreed principles, press releases, consultation procedures, summaries of responses to consultations and other documents which assist

interested parties to understand the work of the Group. Comments received in response to consultation documents shall normally be published.

9.5 The procedure for any consultation and the timescale for responses shall be made clear to the interest groups. Consultation documents shall be published on the Group's web-site. Comments shall be invited either individually or jointly to be addressed to the Group's Secretariat in written form, preferably by email. Comments will normally be made available on the Group's web-site.

9.6 The Group may decide to meet (or mandate representatives to meet) interested parties to discuss matters of common interests. As appropriate, the Chairman may represent the Group at such a meeting or nominate representatives to do so. The Chairman may, on his own initiative, describe the work or explain the views of the Group to the press or other interested parties, in response to enquiries or otherwise in cases of urgency.

Article 10 - Institutional Responsibility and Links

10.1 In accordance with Article 8 of the Commission Decision, the Group shall submit an Annual Report to the Commission.

10.2 On request, the Chairman of the Group shall report to the European Parliament; he shall maintain close links with the Communications Committee [Article 20, Framework Directive] and ensure co-ordination with the Radio Spectrum Committee (in accordance with Recital 9 of the Commission Decision).

10.3 The Group may participate in other European or international committees or groups when that is necessary for the work of the Group.

Article 11 - Final Provisions

11.1 When necessary, the members of the Group shall agree on interpretation of the Rules.

11.2 The Rules shall be made public.

11.3 The Group may decide to adopt additional rules or to vary its rules to facilitate its operations provided that consistency with the Commission Decision, or any successor to that Decision is maintained.

11.4 The present Rules shall enter into force the […] 2002.

Annexe n°2 :

Les règles de procédure de l'article 7 de la directive cadre

L'annexe n°2 présente des extraits de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, dite directive cadre.

Ces extraits des articles 7, 15 et 16 illustrent la nature des relations quasi-contractuelles entre la Commission européenne et les autorités nationales de régulation.

Article 7

Consolidation du marché intérieur des communications électroniques

1. Dans l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu de la présente directive et des directives particulières, les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des objectifs énoncés à l'article 8, y compris ceux qui touchent au fonctionnement du marché intérieur.

2. Les autorités réglementaires nationales contribuent au développement du marché intérieur en coopérant entre elles et avec la Commission, de manière transparente, afin de veiller à l'application cohérente, dans tous les États membres, des dispositions de la présente directive et des directives particulières. À cet effet, elles s'emploient en particulier à convenir des types d'instruments et des solutions les plus appropriés pour traiter des types particuliers de situations sur le marché.

3. Outre la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure:

a) qui relève des articles 15 ou 16 de la présente directive, des articles 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès») ou de l'article 16 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel»), et

b) qui aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,

elle met en même temps à disposition de la Commission et des autorités réglementaires nationales des autres États membres le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels elle est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission et les autres autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois ou dans le délai visé à l'article 6, si celui-ci est plus long. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé.

4. Lorsque la mesure envisagée au paragraphe 3 vise:

a) à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés dans la recommandation adoptée conformément à l'article 15, paragraphe 1, ou

b) à décider de désigner ou non une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché, conformément à l'article 16, paragraphes 3, 4 ou 5,

et aurait des incidences sur les échanges entre les États membres et que la Commission a indiqué à l'autorité réglementaire nationale qu'elle estime que le projet de mesure fera obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire et en particulier avec les objectifs visés à l'article 8, l'adoption du projet de mesure est retardée de deux mois supplémentaires. Ce délai ne peut être prolongé. Dans ce délai, la Commission peut, conformément à la procédure visée à l'article 22, paragraphe 2, prendre la décision de demander à l'autorité réglementaire nationale concernée de retirer son projet de mesure. Cette décision est accompagnée d'une analyse circonstanciée et objective des raisons pour lesquelles la Commission estime que le projet de mesure ne doit pas être adopté, ainsi que de propositions précises relatives aux modifications à apporter au projet de mesure.

5. L'autorité réglementaire nationale concernée tient le plus grand compte des observations formulées par les autres autorités réglementaires nationales et par la Commission et, à l'exception des cas visés au paragraphe 4, elle peut adopter le projet de mesure final et, le cas échéant, le communiquer à la Commission.

6. Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une autorité réglementaire nationale considère qu'il est urgent d'agir, par dérogation à la procédure définie aux paragraphes 3 et 4, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter immédiatement des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée. Elle communique sans délai ces mesures, dûment motivées, à la Commission et aux autres autorités réglementaires nationales. Toute décision de l'autorité réglementaire nationale de rendre ces mesures permanentes ou de prolonger la période pendant laquelle elles sont applicables est soumise aux dispositions des paragraphes 3 et 4.

Article 15

Procédure de définition du marché

1. Après consultation publique et consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services (ci-après dénommée «la recommandation»). La recommandation recense, conformément à l'annexe I, les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. La Commission définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence.

La Commission réexamine régulièrement la recommandation.

2. La Commission publie au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente directive des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (ci-après dénommées «lignes directrices») qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence.

3. Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales suivent les procédures prévues aux articles 6 et 7 avant de définir des marchés qui diffèrent de ceux figurant dans la recommandation.

4. Après consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission peut, agissant conformément à la procédure visée à l'article 22, paragraphe 3, adopter une décision recensant les marchés transnationaux.

Article 16

Procédure d'analyse de marché

1. Dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle, les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. Les États membres veillent à ce que cette analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence.

2. Lorsque, conformément aux articles 16, 17, 18 ou 19 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel») ou aux articles 7 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification, ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.

3. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.

4. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises puissantes sur ce marché conformément à l'article 14 et impose à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées visées au paragraphe 2 du présent article ou maintient ou modifie ces obligations si elles sont déjà appliquées.

5. Dans le cas de marchés transnationaux recensés dans la décision visée à l'article 15, paragraphe 4, les autorités réglementaires nationales concernées effectuent conjointement l'analyse de marché en tenant le plus grand compte des lignes directrices, et se prononcent de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles visées au paragraphe 2 du présent article.

6. Les mesures prises conformément aux paragraphes 3, 4 et 5 sont soumises aux procédures prévues aux articles 6 et 7.

Annexe n°3 :

La recommandation sur la définition des marchés pertinents

Cette annexe reproduit des extraits de la recommandation de la Commission européenne du 23 juillet 2003 concernant les notifications, les délais et les consultations prévus par l'article 7 de la directive cadre 2002/21/CE.

Ces extraits illustrent la précision et le degré de complétude du quasi-contrat liant les autorités nationales de régulation et la Commission européenne.

30.7.2003 FR Journal officiel de l'Union européenne L 190/13

RECOMMANDATION DE LA COMMISSION

du 23 juillet 2003

concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

[notifiée sous le numéro C(2003) 2647]

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2003/561/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques («directive-cadre») [1], et notamment son article 19, paragraphe 1,

considérant ce qui suit:

(1) En vertu du nouveau cadre réglementaire applicable aux réseaux et services de communications électroniques, les autorités réglementaires nationales sont tenues de contribuer au développement du marché intérieur, notamment, en coopérant entre elles et avec la Commission, de manière transparente, afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et à l'application cohérente des directives composant ledit cadre.

(2) Afin de garantir que les décisions prises à l'échelon national n'auront pas d'effet néfaste sur le marché unique ou sur les objectifs poursuivis par le nouveau cadre réglementaire, les autorités réglementaires nationales doivent notifier à la Commission et aux autres autorités réglementaires nationales les projets de mesures visés à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre).

(3) En outre, les autorités réglementaires nationales sont tenues d'obtenir l'autorisation de la Commission pour les obligations visées à l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2002/19/CE («directive-accès») [2], il s'agit d'une procédure distincte.

(4) La Commission donnera aux autorités réglementaires nationales qui le souhaitent la possibilité de discuter de tout projet de mesure préalablement à sa notification formelle en application de l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) et de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2002/19/CE («directive accès»). Si, conformément à l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), la Commission a indiqué à l'autorité réglementaire nationale qu'elle estimait que le projet de mesure ferait obstacle au marché unique ou si elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire, cette autorité aura l'occasion de s'exprimer dans les meilleurs délais sur les points soulevés par la Commission.

(5) La directive 2002/21/CE (directive-cadre) prévoit des délais contraignants pour l'examen des notifications faites en application de l'article 7.

(6) Afin de faciliter et d'assurer l'efficacité de la coopération et du mécanisme de consultation prévus par l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), ainsi que pour des raisons de sécurité juridique, il est nécessaire de fixer des règles claires en ce qui concerne la procédure de notification et l'examen des notifications par la Commission, ainsi que la détermination des délais légaux fixés à cet effet.

(7) Il convient également de clarifier les modalités procédurales dans le cadre de l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2002/19/CE (directive-accès).

(8) Afin de simplifier et d'accélérer l'examen des projets de mesures notifiés, il est souhaitable que les autorités réglementaires nationales utilisent un formulaire type pour leurs notifications (formulaire de notification succincte).

(9) Le groupe des régulateurs européens institué par la décision 2002/627/CE de la Commission [3] a reconnu le caractère nécessaire de ces mesures.

(10) Afin de satisfaire aux objectifs visés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), notamment la nécessité de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes et à l'application cohérente de ladite directive, il est essentiel que le mécanisme de notification prévu par l'article 7 de cette directive soit pleinement respecté et soit aussi efficace que possible.

(11) Le comité des communications a rendu son avis en application de l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre),

[1] JO L 108 du 24.4.2002, p. 33.
[2] JO L 108 du 24.4.2002, p. 7.
[3] JO L 200 du 30.7.2002, p. 38.

RECOMMANDE:

1. Les expressions définies dans la directive 2002/21/CE (directive-cadre) (ainsi que dans les directives particulières) sont utilisées dans le même sens dans la présente recommandation. En outre, on entend par:

   — «recommandation sur les marchés pertinents», la recommandation de la Commission 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/CE (directive-cadre) [1],

   — «notification», la notification à la Commission, par une autorité réglementaire nationale, d'un projet de mesure en application de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) ou la présentation d'une demande conformément à l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2002/19/CE (directive-accès), accompagnée du formulaire de notification succincte prévu par la présente recommandation (annexe).

2. Les notifications sont effectuées, dans la mesure du possible, par courrier électronique avec demande d'accusé de réception.

   Les documents transmis par courrier électronique sont présumés avoir été reçus par leur destinataire le jour de leur envoi.

   Les notifications et les documents justificatifs visés au point 6 ci-après sont enregistrés dans l'ordre dans lequel ils sont reçus.

3. Les notifications deviennent effectives à la date à laquelle la Commission les enregistre (date d'enregistrement). La date d'enregistrement est celle à laquelle une notification complète parvient à la Commission.

   Toutes les autorités réglementaires nationales sont informées, par l'intermédiaire du site Internet de la Commission et par courrier électronique, de la date d'enregistrement de la notification, de l'objet de celle-ci, ainsi que de tout document justificatif fourni.

4. Les notifications sont présentées dans l'une des langues officielles de la Communauté. Le formulaire de notification succinct qui les accompagne (annexe) peut être rempli dans une autre langue que celle utilisée pour le projet de mesure, de façon à en faciliter la consultation effective par toutes les autres autorités réglementaires nationales.

   Toute observation émise ou toute décision prise par la Commission conformément à l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) est formulée dans la même langue que celle du projet de mesure notifié et traduite, dans la mesure du possible, dans la langue utilisée pour le formulaire de notification succincte.

5. Les projets de mesures notifiés par une autorité réglementaire nationale sont accompagnés des documents nécessaires à la Commission pour mener à bien les missions qui lui incombent. Les projets de mesures sont suffisamment motivés.

6. Les notifications indiquent, le cas échéant:

   a) le marché pertinent de produits ou de services;

   b) le marché pertinent géographique;

   c) la ou les principales entreprises exerçant des activités sur le marché pertinent;

   d) les résultats de l'analyse du marché pertinent, notamment les conclusions relatives à l'existence ou à l'absence d'une concurrence effective sur celui-ci, ainsi que les raisons d'une telle situation;

   e) éventuellement, la ou les entreprises devant être désignées comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché au sens de l'article 14 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), ainsi que les motifs, les éléments de preuve et/ou toute autre information factuelle étayant une telle désignation;

   f) les résultats de consultation publique préalable effectuée par l'autorité réglementaire nationale;

   g) le cas échéant, l'avis rendu par l'autorité nationale de concurrence;

   h) les éléments montrant que, au moment de la notification à la Commission, des mesures appropriées ont été prises pour que les autorités réglementaires nationales de tous les autres États membres soient informées du projet de mesures envisagé, et

   i) en cas de notification de projets de mesures entrant dans le champ d'application des articles 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive-accès) ou de l'article 16 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil («directive service universel») [2], la ou les obligations réglementaires spécifiques envisagées afin de remédier à l'absence de concurrence effective sur le marché pertinent ou, lorsqu'un marché pertinent est considéré comme effectivement concurrentiel et que de telles obligations ont déjà été imposées sur ce marché, les mesures proposées afin de supprimer ces obligations.

7. Si un projet de mesure définit, aux fins de l'analyse de marché, un marché pertinent différent de ceux qui sont recensés dans la recommandation sur les marchés pertinents, les autorités réglementaires nationales fournissent une motivation suffisante en ce qui concerne les critères sur lesquels repose une telle définition.

8. Les notifications effectuées en application de l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2002/19/CE (directive-accès) comportent également une motivation adéquate quant à l'imposition d'obligations différentes de celles qui sont énumérées aux articles 9 à 13 de ladite directive aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché.

9. Les notifications entrant dans le champ d'application de l'article 8, paragraphe 5, de la directive 2002/19/CE (directive-accès) comportent aussi une motivation adéquate quant à la nécessité des mesures envisagées en vue du respect des engagements internationaux.

[1] Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (JO L 114 du 8.5.2003, p. 45).

[2] JO L 108 du 24.4.2002, p. 51.

10. Les notifications contenant les informations requises au sens du point 6 sont présumées complètes. Si les informations, y compris les documents, figurant dans une notification sont incomplètes sur des points essentiels, la Commission en informe l'autorité réglementaire nationale concernée dans un délai de cinq jours ouvrables et indique dans quelle mesure elle considère que la notification en question est incomplète. Cette notification n'est pas enregistrée tant que l'autorité réglementaire nationale concernée n'a pas communiqué les informations demandées. En pareil cas, aux fins de l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), la notification devient effective à la date à laquelle la Commission reçoit les renseignements complets.

11. Sans préjudice du point 6 ci-dessus, la Commission, après avoir procédé à l'enregistrement d'une notification, peut, conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), demander un complément d'information ou des précisions à l'autorité réglementaire nationale concernée. Les autorités réglementaires nationales s'efforcent de communiquer les renseignements demandés dans un délai de trois jours ouvrables, pour autant que ceux-ci soient aisément disponibles.

12. Lorsque la Commission émet des observations conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), elle en informe l'autorité réglementaire nationale concernée par courrier électronique et publie lesdites observations sur son site Internet.

13. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale émet des observations conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), elle en fait part à la Commission et aux autres autorités réglementaires nationales par courrier électronique.

14. Lorsque la Commission, en application de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) considère qu'un projet de mesure fera obstacle au marché unique ou a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire, notamment avec les objectifs visés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), ou par la suite

    a) retire les griefs mentionnés au point a) ci-dessus, ou

    b) prend une décision demandant à une autorité réglementaire nationale de procéder au retrait d'un projet de mesure,

    elle en informe l'autorité réglementaire nationale concernée par courrier électronique et publie une communication sur son site Internet.

15. En ce qui concerne les notifications effectuées en application de l'article 8, paragraphe 3, second alinéa, de la directive 2002/19/CE (directive-accès), la Commission, conformément à l'article 14, paragraphe 2, de ladite directive, prend, en principe, une décision donnant l'autorisation ou interdisant à l'autorité nationale d'adopter le projet de mesure proposé dans un délai n'excédant pas trois mois. La Commission peut décider de prolonger ce délai de deux mois supplémentaires en fonction des difficultés rencontrées.

16. Une autorité réglementaire nationale peut à tout moment décider de retirer le projet de mesure notifié, auquel cas celui-ci est rayé du registre. La Commission publie une communication appropriée à cet effet sur son site Internet.

17. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale à laquelle la Commission ou une autre autorité réglementaire nationale a adressé des observations, conformément aux dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), adopte le projet de mesure, elle informe, sur demande de la Commission, cette dernière et les autres autorités réglementaires nationales de la manière dont elle a tenu le plus grand compte de ces observations.

18. À la demande d'une autorité réglementaire nationale, la Commission discute de façon informelle d'un projet de mesure préalablement à sa notification.

19. Conformément au règlement (CEE, Euratom) nº 1182/71 du Conseil [1], tout délai prévu dans la directive 2002/21/CE (directive-cadre) ou dans la présente recommandation est calculé comme suit:

    a) si un délai exprimé en jours, en semaines ou en mois court à partir du moment où survient un événement, le jour au cours duquel a lieu cet événement n'est pas compté dans le délai;

    b) un délai exprimé en semaines ou en mois prend fin à l'expiration du jour qui, dans la dernière semaine ou dans le dernier mois, porte la même dénomination ou le même chiffre que le jour au cours duquel est survenu l'événement à partir duquel le délai a commencé de courir. Si, dans un délai exprimé en mois, le jour déterminant pour son expiration fait défaut dans le dernier mois, le délai prend fin à l'expiration du dernier jour de ce mois;

    c) les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis;

    d) par jours ouvrables, on entend tous les jours autres que les jours fériés et/ou les jours fériés légaux, les dimanches et les samedis.

    Lorsque le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié, il est prolongé jusqu'à la fin du premier jour ouvrable suivant. La liste des jours fériés établie par la Commission est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* avant le début de chaque année.

20. La Commission, conjointement avec les autorités réglementaires nationales, évalue la nécessité de réexaminer les présentes dispositions en principe pour le 25 juillet 2004 au plus tôt.

21. Les États membres sont destinataires de la présente recommandation.

Fait à Bruxelles, le 23 juillet 2003.

Par la Commission

Erkki LIIKANEN

Membre de la Commission

[1] JO L 124 du 8.6.1971, p. 1.

ANNEXE

FORMULAIRE RELATIF AUX NOTIFICATIONS DE PROJETS DE MESURES EN APPLICATION DE L'ARTICLE 7 DE LA DIRECTIVE 2002/21/CE (DIRECTIVE-CADRE)

(«Formulaire de notification succincte»)

Introduction

Le présent formulaire précise les informations succinctes que les autorités réglementaires nationales sont tenues de communiquer à la Commission lorsqu'elles notifient des projets de mesures en application de l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre).

La Commission entend discuter avec les autorités réglementaires nationales des questions liées à la mise en œuvre de l'article 7, à l'occasion notamment des réunions préalables aux notifications. Les autorités réglementaires nationales sont par conséquent invitées à consulter la Commission sur tout aspect du présent formulaire, en particulier la nature des informations qu'elles sont tenues de fournir ou, inversement, sur la possibilité de déroger à l'obligation de communiquer certains renseignements en relation avec l'analyse de marché qu'elles effectuent conformément aux articles 15 et 16 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre).

Des informations exactes et exhaustives

Toutes les informations communiquées par les autorités réglementaires nationales doivent être exactes et exhaustives et reproduites sous forme succincte dans le formulaire ci-après. Celui-ci n'a pas pour ambition de se substituer au projet de mesure notifié, mais doit permettre à la Commission et aux autorités réglementaires nationales des autres États membres de s'assurer que le projet de mesure notifié contient effectivement, d'après les informations fournies dans ledit formulaire, toutes les informations nécessaires afin que la Commission puisse mener à bien les missions qui lui incombent conformément à l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) dans les délais qui y sont indiqués.

Les informations prévues par le présent formulaire doivent être fournies selon la numérotation des sections et des points dudit formulaire, avec des renvois au texte du projet de mesure où elles figurent.

Langues

Le formulaire doit être rempli dans l'une des langues officielles de la Communauté européenne, qui peut être différente de celle du projet de mesure notifié. Tout avis rendu ou toute décision prise par la Commission conformément à l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) est formulé dans la même langue que celle du projet de mesure notifié et traduit, dans la mesure du possible, dans la langue utilisée pour le formulaire de notification succincte.

FORMULAIRE DE NOTIFICATION SUCCINCTE

SECTION 1

Définition du marché

Veuillez, le cas échéant:

1.1. indiquer le marché pertinent des produits/services affecté et préciser si ce marché est mentionné dans la recommandation sur les marchés pertinents;

1.2. préciser le marché pertinent géographique affecté;

1.3. fournir un résumé succinct de l'avis éventuellement rendu par l'autorité nationale de concurrence;

1.4. donner un bref aperçu des résultats déjà obtenus en ce qui concerne la consultation publique portant sur la définition du marché proposée (par exemple, le nombre de réponses reçues, le profil des personnes favorables et défavorables à une telle définition, etc.);

1.5. si le marché pertinent qui a été défini est différent des marchés recensés dans la recommandation sur les marchés pertinents, fournir un résumé des principaux motifs justifiant la définition du marché proposée, en vous référant à la section 2 des lignes directrices de la Commission sur la définition du marché pertinent et l'évaluation de la puissance sur le marché [1], ainsi qu'aux trois principaux critères énoncés dans les considérants 9 à 16 de la recommandation sur les marchés pertinents et dans la section 3.2 de l'exposé des motifs accompagnant celle-ci.

SECTION 2

Désignation des entreprises puissantes sur le marché

Veuillez, le cas échéant, indiquer:

2.1. le nom de la ou des entreprises désignées comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché;

le nom de la ou des entreprises considérées comme ne disposant plus d'une puissance significative sur le marché;

2.2. les critères sur la base desquels il a été décidé de désigner ou de ne pas désigner une entreprise comme disposant, individuellement ou conjointement avec d'autres, d'une puissance significative sur le marché;

2.3. le nom des principales entreprises (concurrentes) exerçant des activités sur le marché pertinent;

2.4. les parts de marché des entreprises mentionnées plus haut, ainsi que les éléments sur la base desquels ces parts ont été calculées (par exemple, le chiffre d'affaires, le nombre d'abonnés, etc.).

Veuillez fournir un résumé succinct:

2.5. de l'avis éventuellement rendu par l'autorité de concurrence nationale;

2.6. des résultats déjà obtenus en ce qui concerne la consultation publique portant sur la ou les entreprises qu'il est proposé de désigner comme disposant d'une puissance significative sur le marché (par exemple, le nombre total de réponses reçues, le nombre de personnes favorables/défavorables, etc.).

SECTION 3

Obligations réglementaires

Veuillez, le cas échéant:

3.1. indiquer la base juridique des obligations devant être imposées, maintenues, modifiées ou supprimées [articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive-accès)];

3.2. préciser les raisons pour lesquelles l'imposition, le maintien ou la modification d'obligations à la charge des entreprises est considéré comme proportionné et justifié au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre), ou indiquer les points, sections ou pages du projet de mesure où figurent ces renseignements;

3.3. si les mesures envisagées diffèrent de celles qui sont prévues aux articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive-accès), préciser les «circonstances exceptionnelles», au sens de l'article 8, paragraphe 3, de ladite directive, justifiant l'imposition de telles mesures, ou indiquer les points, sections ou pages du projet de mesure où figurent ces renseignements.

[1] 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 (JO C 165 du 11.7.2002, p. 6).

SECTION 4

Respect des obligations internationales

En relation avec l'article 8, paragraphe 3, premier alinéa, troisième tiret, de la directive 2002/19/CE (directive-accès), veuillez, le cas échéant:

4.1. préciser si le projet de mesure proposé a pour objet d'imposer, de modifier ou de supprimer des obligations relatives à certains acteurs du marché conformément à l'article 8, paragraphe 5, de la directive 2002/19/CE (directive-accès);

4.2. fournir le nom de la ou des entreprises concernées;

4.3. indiquer les engagements internationaux contractés par la Communauté et ses États membres qui doivent être respectés.

Annexe n°4 :

Les lignes directrices sur l'analyse des marchés

L'annexe n°4 présente des extraits des lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques.

Ces extraits passent en revue les procédures qui permettent aux autorités nationales de régulation d'obtenir les informations dont elles ont besoin pour effectuer l'analyse du marché. Ces extraits donnent également des indications sur les procédures et les mesures à prendre pour assurer la coopération entre les autorités nationales de régulation et les autorités nationales de la concurrence à l'échelon national, et parmi les autorités nationales et entre les autorités nationales et la Commission européenne à l'échelon communautaire. Ils abordent notamment la question de l'échange d'informations entre ces autorités.

5.2. **Analyse du marché et pouvoirs d'investigation**

130. En vertu de l'article 16, paragraphe 1, de la directive «Cadre», les ARN doivent effectuer une analyse des marchés pertinents recensés dans la recommandation et dans toute décision dès que possible après leur adoption ou leur mise à jour éventuelle. Les conclusions de l'analyse de chacun des marchés pertinents, accompagnées des mesures réglementaires proposées, doivent être publiées et soumises à la procédure de consultation publique décrite à la section 6.

131. Pour procéder à l'analyse du marché, les ARN devront d'abord recueillir toutes les informations qu'elles jugent nécessaires pour apprécier la puissance des opérateurs sur un marché donné. Dans la mesure où ces informations doivent provenir des entreprises elles-mêmes, l'article 11 de la directive «Autorisation» prévoit que les entreprises sont tenues, au titre de leur autorisation générale, de fournir les informations nécessaires aux ARN pour réaliser une analyse du marché au sens de l'article 16, paragraphe 2, de la directive «Cadre». Cette obligation est renforcée par celle, plus générale, prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive «Cadre», qui dispose que les États membres veillent à ce que les entreprises assurant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques transmettent toutes les informations nécessaires aux ARN afin de garantir la conformité avec la législation communautaire.

132. Lorsqu'une ARN demande des informations à une entreprise, elle doit exposer les raisons justifiant sa demande et préciser le délai dans lequel ces informations sont à communiquer. Ainsi que le prévoit l'article 10, paragraphe 4, de la directive «Autorisation», les ARN peuvent être habilitées à imposer des sanctions financières aux entreprises qui ne fournissent pas les informations demandées.

133. En vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la directive «Cadre», les ARN, agissant conformément à la réglementation nationale relative à l'accès du public à l'information et dans le respect de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires, doivent publier les informations susceptibles de contribuer à l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel.

134. Toutefois, en ce qui concerne les informations de nature confidentielle, les dispositions de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «Cadre» exigent des ARN qu'elles veillent à la confidentialité de ces informations conformément à la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires. Cette obligation de confidentialité vaut également pour les informations reçues à titre confidentiel d'une autre autorité publique.

5.3. **Procédures de coopération**

Entre les ARN et les ANC

135. L'article 16, paragraphe 1, de la directive «Cadre» prévoit que les ARN associent, le cas échéant, les ANC à l'analyse des marchés. Les États membres devraient mettre en place les procédures nécessaires pour garantir que l'analyse prévue à l'article 16 de la directive «Cadre» est menée à bien. Dans la mesure où les ARN procèdent à l'analyse du marché selon les méthodes du droit de la concurrence, l'avis des ANC peut se révéler extrêmement précieux pour l'évaluation de la situation en matière de concurrence. La coopération entre les ARN et les ANC sera essentielle, mais ce sont les ARN qui assument la responsabilité juridique de la conduite des analyses à effectuer. Lorsqu'en vertu de la législation nationale les tâches prévues à l'article 16 de la directive «Cadre» sont confiées à plusieurs organismes distincts, les États membres veillent à ce que ces tâches soient clairement réparties et instaurent des procédures de consultation et de coopération entre les régulateurs afin de garantir une analyse cohérente des marchés pertinents.

136. L'article 3, paragraphe 5, de la directive «Cadre» prévoit que les ARN et les ANC s'échangent les informations nécessaires à l'application du cadre réglementaire, et l'autorité qui reçoit ces informations doit garantir le même niveau de confidentialité que celle qui les lui transmet. Les ANC devraient donc fournir aux ARN toutes les informations utiles obtenues dans le cadre de leurs pouvoirs d'investigation et d'application de la réglementation, y compris les informations confidentielles.

137. Les informations qu'une ANC considère comme confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires ne devraient être communiquées à une ARN que lorsque cela est nécessaire à l'application des dispositions du cadre réglementaire. Les informations échangées devraient se limiter au minimum nécessaire et être proportionnées à l'objectif de cet échange.

Entre la Commission et les ARN

138. Pour que le cadre réglementaire fonctionne réellement, et avec l'efficacité voulue, il est vital qu'une coopération à haut niveau s'instaure entre la Commission et les ARN. L'établissement d'une véritable coopération informelle, notamment est essentiel. Le groupe des régulateurs européens, dont la mission est d'assister et de conseiller la Commission, jouera un rôle primordial en fournissant un cadre à cette coopération. La coopération sera vraisemblablement profitable à toutes les parties, en réduisant le risque de divergence d'approche entre les ARN et notamment le risque qu'elles adoptent des remèdes différents pour traiter un problème identique ([123]).

139. Conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la directive «Cadre», les ARN doivent fournir à la Commission les informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien ses missions au titre du traité. Sont visées les informations relatives au cadre réglementaire (afin de vérifier la compatibilité des mesures proposées par l'ARN avec la législation), ainsi que les informations que la Commission est, par exemple, susceptible d'exiger pour contrôler le respect des engagements pris dans le cadre de l'OMC.

140. Lorsqu'une ARN transmet à la Commission des informations qu'elle a demandées à une entreprise, elle en informe cette entreprise.

141. La Commission peut aussi mettre ces informations à la disposition d'autres ARN, sauf si l'ARN qui les lui a fournies a présenté une demande contraire explicite et motivée. Bien qu'elle ne soit pas juridiquement tenue de le faire, la Commission informera normalement l'entreprise qui a fourni les informations à l'origine que celles-ci ont été transmises à d'autres ARN.

Entre les ARN

142. Il est de la plus grande importance que les ARN mettent au point une approche réglementaire commune à tous les États membres, qui contribuera au développement d'un véritable marché unique des communications électroniques. À cette fin, les ARN sont tenues, en vertu de l'article 7, paragraphe 2, de la directive «Cadre», de coopérer entre elles et avec la Commission dans un esprit de transparence afin d'assurer l'application uniforme, dans tous les États membres, du nouveau cadre réglementaire. Le groupe des régulateurs européens devrait être une enceinte importante pour la mise en œuvre de cette coopération.

143. L'article 5, paragraphe 2, de la directive «Cadre» prévoit aussi que des informations pourront être échangées directement entre des ARN, à condition qu'une demande motivée soit présentée. Ces échanges seront particulièrement nécessaires lorsqu'il s'agira d'analyser un marché transnational, mais aussi dans le cadre de la coopération au sein du groupe des régulateurs européens. Dans tous leurs échanges d'informations, les ARN sont tenues de préserver la confidentialité des informations reçues.

6. PROCÉDURES DE CONSULTATION ET DE PUBLICATION CONCERNANT LES PROJETS DE DÉCISIONS DES ARN

6.1. Mécanisme de consultation publique

144. Sauf dans les situations d'urgence décrites ci-dessous, une ARN qui a l'intention de prendre une mesure qui aura une incidence sensible sur le marché pertinent doit donner aux parties intéressées la possibilité d'émettre des observations sur ce projet de mesure. À cet effet, l'ARN organisera une consultation publique concernant la mesure envisagée. Lorsque le projet de mesure concerne une décision relative à la désignation ou à la non-désignation d'entreprises puissantes sur le marché, il doit comprendre les éléments suivants:

— la définition du marché utilisée et les raisons qui justifient ce choix, à l'exception des informations confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires,

— les éléments attestant l'existence d'une position dominante (à l'exception des informations confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires), accompagnés de l'identification de toute entreprise que l'ARN propose de désigner comme puissante sur le marché,

— les détails complets des obligations sectorielles que l'ARN envisage d'imposer, de maintenir, de modifier ou de supprimer à l'égard des entreprises précitées, ainsi qu'une appréciation de la proportionnalité du projet de mesure.

145. Le délai de consultation doit être raisonnable. Toutefois, les décisions des ARN ne peuvent être retardées outre mesure, car cela pourrait entraver le développement du marché. Pour les décisions relatives à l'existence et à la désignation d'entreprises puissantes sur le marché, la Commission considère qu'un délai de deux mois serait raisonnable pour la consultation publique. Un délai différent pourrait être appliqué lorsque la situation le justifie. À l'inverse, lorsqu'un projet de décision relative à la puissance sur le marché est proposé sur la base des résultats d'une consultation antérieure, le délai de consultation pourra bien être inférieur à deux mois.

6.2. Mécanismes de consolidation du marché intérieur des communications électroniques

146. Lorsqu'une ARN entend prendre des mesures qui relèvent des procédures de définition ou d'analyse du marché prévues aux articles 15 et 16 de la directive «Cadre», et de certaines autres dispositions spécifiques du cadre réglementaire ([124]), et que ces mesures ont une incidence sur les échanges entre les États membres, l'ARN doit communiquer ces mesures, accompagnées d'un exposé des motifs, aux ARN des autres États membres et à la Commission, conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive «Cadre». Cette communication devrait intervenir parallèlement au lancement de la consultation publique. L'ARN doit alors donner aux autres ARN et à la Commission la possibilité d'émettre des observations sur son projet de mesures avant d'arrêter une décision finale. Le délai laissé aux autres ARN et à la Commission pour soumettre ces observations devrait être identique à celui fixé par l'ARN pour sa consultation publique nationale, sauf si celui-ci est inférieur à la durée minimale d'un mois prévue à l'article 7, paragraphe 3. La Commission peut, lorsque les circonstances le justifient, rendre ses observations publiques.

147. En ce qui concerne les mesures pouvant avoir une incidence sur les échanges entre les États membres, il s'agit de mesures qui peuvent avoir un effet, direct ou indirect, réel ou potentiel, sur le schéma des échanges entre les États membres, au point de faire obstacle au marché unique ([125]). Par conséquent, la notion d'incidence sur les échanges entre les États membres risque de couvrir un large éventail de mesures.

148. Les ARN doivent rendre publics les résultats de la consultation publique, à l'exception des informations confidentielles en vertu de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires.

149. Sauf dans deux cas spécifiques exposés au paragraphe suivant, l'ARN concernée peut définitivement adopter une mesure après avoir pris en considération les points de vue exprimés lors de la consultation obligatoire. Cette mesure doit ensuite être communiquée sans retard à la Commission.

6.3. **Pouvoir de la Commission d'exiger le retrait d'un projet de mesure d'une ARN**

150. L'article 7, paragraphe 4, de la directive «Cadre» prévoit deux situations spécifiques dans lesquelles la Commission a la possibilité d'imposer à une ARN le retrait d'un projet de mesure relevant du champ d'application de l'article 7, paragraphe 3:

— le projet de mesure définit un marché en cause qui diffère de celui identifié dans la recommandation, ou

— le projet de mesure concerne une décision de désignation ou de non-désignation d'une entreprise comme puissante sur le marché, individuellement ou conjointement avec d'autres.

151. Dans les deux situations précitées, lorsque la Commission indique à l'ARN lors de la procédure de consultation qu'elle estime que le projet de mesure entraverait le marché unique ou qu'elle a de sérieux doutes quant à la compatibilité de la mesure projetée avec le droit communautaire, l'adoption de cette mesure doit être retardée de deux mois supplémentaires au maximum.

152. Au cours de cette période de deux mois, la Commission peut, après avoir consulté le comité des communications selon la procédure consultative ([126]), décider d'imposer à l'ARN le retrait de son projet de mesure. La décision de la Commission sera accompagnée d'une analyse détaillée et objective expliquant pourquoi elle considère que le projet de mesure ne doit pas être adopté en l'état, ainsi que de propositions de modification précises dudit projet. En l'absence de décision de la Commission avant la fin de cette période, le projet de mesure peut être adopté par l'ARN.

6.5. **Adoption d'une décision définitive**

155. Une fois qu'une décision d'une ARN est devenue définitive, l'ARN notifie à la Commission les noms des entreprises désignées comme puissantes sur le marché et les obligations qui leur sont imposées, conformément aux dispositions de l'article 36, paragraphe 2, de la directive «Service universel» ainsi que de l'article 15, paragraphe 2, et de l'article 16, paragraphe 2, de la directive «Accès». La Commission rend ensuite ces informations publiques sous une forme directement accessible et les transmet, le cas échéant, au comité des communications.

156. De même, les ARN publient les noms des entreprises qu'elles ont désignées comme puissantes sur le marché ainsi que les obligations qui leur sont imposées. Elles veillent à ce que des informations actualisées soient rendues publiques de manière à être aisément accessibles pour toutes les parties intéressées.

BIBLIOGRAPHIE

Les références sont classées par ordre alphabétique des noms d'auteurs.

A-B-C-D-E-F-G-H-I-J-K-L-M-N-O-P-Q-R-S-T-U-V-W-X-Y-Z

A

AKERLOF G. A. [1970], "The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, n°84, issue 3, pp. 488-500.

ALSTON L., MUELLER B. [2005], "Pork for Policy: Executive and Legislative Exchange in Brazil", *The Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 22, n°1, pp. 87-114.

ANTONELLI C. [1992], The Economics of Information Networks, Amsterdam, North-Holland.

ARCEP [1999], Rapport public d'activités, Autorité de régulation des Télécommunications.

_____ [2002a], Rapport public d'activités, Autorité de Régulation des Télécommunications.

_____ [2002b], Adapter la régulation au nouveau contexte du marché des télécommunications, Rapport de l'Autorité de Régulation des Télécommunications sur l'adaptation de la régulation, juillet 2002.

ARROW K. J. [1963], "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", *The American Economic Review*, n°63, pp. 941-973.

ARROW K. J. [1987], "Reflections on the Essays", in George Feiwel (ed.), Arrow and the Foundations of the Theory of Economic Policy, New York, New York University Press, pp. 727-734.

AVERCH H., JOHNSON L. [1962], "Behaviour of the Firm under Regulatory Constraints, *The American Economic Review*, n°52, pp. 1052-1069.

B

BALDWIN R., CAVE M. [1999], "Franchising and its Limitations", in R. Baldwin et Cave M. (Eds), Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press, pp. 257-285.

BANCEL-CHARENSOL L. [1996], La déréglementation des télécommunications dans les grands pays industriels, ENSPTT, Economica.

BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE [2001], Effets sur les prix de la réforme réglementaire dans une sélection de réseaux, mars 2001.

BARON D. P. [2000], "Legislative Organization with Informational Committees", *American Journal of Political Science*, 44(3), pp. 485-505.

BARROS P. P. [2004], "The Economics of the EU's Consultation Mechanism in Telecommunications", Working Paper for the WIK workshop on market reviews under the new EU regulatory framework for the electronic communications services.

BARTLE I., MULLER M. [2000], "The Administration of Regulation: Self-Regulation and State Agencies: Causes and Consequences of Regulatory Transformation: A British-German Comparison", Discussion Paper n°3, Department of Politics, University of Exeter.

BARZEL Y. [1989], Economic Analysis of Property Rights, Cambridge University Press.

BAUMOL W. J., PANZAR J. C., WILLIG R. D. [1982], Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace Jovanovich, New York.

BELLEC Y. [2002], L'ATM, technique pour le RNIS à haut débit, Institut national des Télécommunications.

BENSOUSSAN A. [1996], Les télécoms et le droits, Memento-guide, 2ème édition revue et augmentée, Editions Hermès.

BERGER M. [1999], Le droit communautaire des télécommunications, Que sais-je ?, Presse universitaire de France, P. 128.

BERGMAN T. [2000], "The European Union as the Next Step of Delegation and Accountability", in *European Journal of Political Research*, 37(3), pp. 415-429.

BERGOUGNOUX J. [2000], Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations, Rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, Commissariat général du Plan, La Documentation française, P. 347.

BERNSTEIN M. [1955], Regulating Business by Independent Commissions, Princeton University Press.

BERTHAULT F., MAINGUY D. [2001], "Concurrence et télécommunications", *JCP Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5.

BEZZINA J. [1999], "Pratique de forclusion, monopole amont et marché pertinent aval : le cas des télécommunications", *Communications et Stratégies*, n°36, 4ème trimestre, pp. 125-143.

BICKENBACH F., KUMKAR L., SOLTWEDEL R. [1999], "The New Institutional Economics of Antitrust and Regulation", Kiel Working Paper n°961, Kiel Institute of World Economics.

BLONDEEL Y., KIESSLING T. [1998], "The EU Regulatory Framework, A Critical Analysis", *Telecommunications Policy*, vol. 22, n°7, pp. 571-592.

BÖRZEL T.A. [1997], "What's so special about policy networks? – An exploration of the concept and its usefulness in studying European Governance", European Integration Online Papers.

BOULAUD D. [2001], Le nouveau cadre européen des communications électroniques : quelle régulation pour quels équilibres ?, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, 9 mai 2001.

BOUTARD-LABARDE M.-C., BUREAU D. [1993], "La détermination du marché pertinent", *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, Etudes et Doctrine*, novembre, pp. 743-750

BOYLAUD O., NICOLETTI G. [2000], "Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications", Economics Department Working Papers, n°237, OCDE.

BOYLAUD O., NICOLETTI G. [2001], "Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et performance", *Revue économique de l'OCDE* n°32, 2001/I.

BUIGUES P. A., GUERSENT O., PONS J. - F. [2001], "Alternative models for future regulation", in Henry C., Jeunemaître A., Matheu M. [2001], Regulation of Network Utilities: The European Experience, Oxford University Press, pp. 273-284.

BRACONNIER S. [2001], "La régulation des services publics", *RFD adm*. 17 (1).

BREVILLE S. [2004], "Régulation politique vs. régulation économique : un critère de répartition des compétences entre les régulateurs du marché des télécommunications", XVIe journées du SESAME, mai 2004.

BROUSSEAU E., PETIT P. et PHAN D. [1996], Mutations des télécommunications, des industries et des marchés, ENSPTT, Economica, P. 553.

BROUSSEAU E., FARES [2000], "The Incomplete Contract Theory and The New-Institutional Economics Approaches to Contracts: Substitutes or Complements?", in Ménard C., (ed.), Institutions, Contracts, Organizations, Perspectives from New-Institutional Economics, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 399-421.

BROUSSEAU E. [2001], "Régulation de l'Internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ?", *Revue Economique*, Numéro Hors-Série, Economie de l'Internet, sous la direction de E. Brousseau et N. Curien, octobre 2001, vol. 52, pp. 349-377.

BROUSSEAU E. [2003], "La régulation dans une économie mondialisée : les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?", *Cahiers français*, n°313, La Documentation française, pp. 64-70.

BUCHANAN J. M., TOLLISON R. D. [1972], Theory of Public Choice: Political Applications of Economics, University of Michigan Press, Ann Harbor.

BUCKLEY J. [2003], Telecommunications Regulation, IEE Telecommunications Series 50, P. 264

C

CAILLAUD B., JULLIEN B., PICARD P. [1996], "National vs. European Incentive Policies: Bargaining, Information and Coordination", *The European Economic Review*, 40, pp. 91-111.

CALABRESI G. [1968], "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules, a Comment", *The Journal of Law and Economics*, n°11, pp. 67-74.

CANIVET G. [2000], « Le temps : un impératif dans l'organisation des procédures », Atelier de la concurrence : le facteur temps, organisé par la DGCCRF, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

CAVE M., LAROUCHE P. [2001], European Communications at the Crossroads, Report of the CEPS Working Party on Electronic Communications, P. 8.

CAVE M., PROSPERETTI L. [2003], "Wrong Fox, Old Hounds? A Critical Assessment of the European Commission's 1999 Communications Review", Communications & Strategies, n°38, 2nd Quarter 2000, pp. 73-99.

CAVE M., CROWTHER P. [2004], "Co-ordinating Regulation and Competition Law-Ex Ante and Ex Post", The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, P. 104.

CAVE M., STUMPF U., VALETTI T. [2006], A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation, An independent report, July 2006, P. 104.

CAWLEY R. [2003], "The European Union and World Telecommunications Markets", The International Handbook of Telecommunications Economics, vol. III, Edited by Gary Madden, Edward Elgar Publishing Limited, P. 443.

CHERRY B. A., WILDMAN S. S. [1999], "Institutions Endowment as Foundation for Regulatory Performance and Regime Transitions", *Telecommunications Policy*, 23.

COASE R. H. [1937], "The Nature of the Firm", *Economica New Series*, vol. 4, Issue 16, pp. 386-405.

_____ [1959], "The Federal Communications Commission", *The Journal of Law and Economics,* 2 (October 1959), pp. 1-40.

_____ [1960], "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, vol. n°3, pp. 1-44.

_____ [1964], "Discussion (in The Regulated Industries)", *The American Economic Review*, vol. 54, n°3, Papers and Proceedings of the Seventy-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association, pp. 192-197.

_____ [1974], "The Lighthouse in Economics", *The Journal of Law and Economics*, vol. n°17, pp. 357-376.

_____ [1984], "The New Institutional Economics", *The Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 140, pp. 229-231.

_____ [1988], The Firm, The Market, and The Law, The University of Chicago Press, New York.

COHEN E., HENRY C. [1997], Service public, secteur public, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, P. 105.

COHEN E., LORENZI J.-H. [2000], Politiques industrielles pour l'Europe, Rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, P. 258.

CHAMOUX J. P. [1993], Télécoms : la fin des privilèges, PUF, P. 282.

COMBES P.-P., JULLIEN B., SALANIE B. [1997], "La réglementation des monopoles naturels (chapitre 1)", Réglementation et concurrence, Anne Pérot (éd.), Economica, pp. 9-29.

COMMAILLE J., JOBERT B. [1998], Les métamorphoses de la régulation politique, Collection Droit et Société, vol. 24, P. 381.

COMMISSION EUROPÉENNE [1999], Réexamen 1999 du cadre réglementaire, Direction générale de la Société de l'Information, Communautés européennes.

_____ [2001], Livre blanc sur la gouvernance, Chantier n°4, Cohérence et coopération dans une Europe en réseau, Rapport du groupe de travail 4b, mai 2001.

_____ [2001a], Rapport final du Comité des Sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, Communautés européennes.

_____ [2001b], Rapport sur les performances des marchés des industries de réseaux prestataires de services d'intérêt général, Réforme économique (Processus de Cardiff), Communautés européennes.

_____ [2001c], Communication de la Commission européenne au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 7ème Rapport sur la mise en œuvre du paquet réglementaire des télécommunications.

_____ [2002], Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration, Direction générale de la concurrence, juillet 2002 EUR-OP, P. 65.

_____ [2002a], Décision instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications, JOCE, 29 juillet 2002.

_____ [2002b], Communication de la Commission européenne au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 8ème Rapport sur la mise en œuvre du paquet réglementaire des télécommunications, novembre 2002.

_____ [2002c], Second Report on Monitoring of EU Candidate Countries (Telecommunication Services Sector), by IBM Business Consulting Services for the Directorate general Information Society, December 2002.

_____ [2003], Recommandation du 23 juillet 2003, sur les notifications, les délais et les consultations relatifs à l'article 7 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil sur un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, C(2003) 2647).

_____ [2003a], Le marché intérieur, dix ans sans frontières, Direction générale pour le Marché intérieur.

_____ [2003b], "Electronic Communications Consultation Mechanism: Process, Organisation and Procedures", Atelier de la Commission européenne, Bruxelles, 15 juillet 2003.

_____ [2003c], Communication de la Commission européenne au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réglementation et marché des communications électroniques en 2003, 9ème Rapport sur la mise en œuvre de la réglementation de l'Union européenne en matière de communications électroniques, COM(2003) 715 final.

_____ [2003d], Communication de la Commission européenne au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Communications électroniques : vers une économie de la connaissance, COM(2003) 65 final.

_____ [2006], Communication de la Commission européenne au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Réglementation et marché des communications électroniques en Europe en 2005, 11ème Rapport sur la mise en œuvre de la réglementation de l'Union européenne en matière de communications électroniques, COM(2006) 68 final.

_____ [2006a], An Assessment of the Regulatory Framework for Electronic Communications – Growth and Investment in the EU e-Communications Sector, Final Report To The European Commission, DG Information Society and Media, by London Economics in association with PricewaterhouseCoopers, P. 192.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN [2005], L'état actuel de la corégulation et de l'autorégulation dans le marché unique, les cahiers du CESE.

CONSEIL D'ETAT [2001], Les autorités administratives indépendantes, Etudes et documents n° 52, La Documentation française, P. 469.

CURIEN N., GENSOLLEN M. [1992], Economie des télécommunications, ouverture et réglementation, Economica, P. 318.

CURIEN N., DUPUIS G. [1996], Réseaux de communication, marchés et territoires, Presses de l'Ecole nationale des Ponts et Chaussées, P. 176.

CURIEN N. [2000], Economie des réseaux, Repères, La Découverte, Paris, P. 120.

CURIEN N. [2001], "La libéralisation des télécommunications en Europe", *Flux* n°44/45 avril – septembre 2001, pp. 28-35.

COMMONS J. R. [1934], Institutional Economics, McMillan, New York.

CRETI A., PERROT A. [1997], "Les entreprises en réseaux (chapitre 3)", Réglementation et concurrence, Anne Pérot (éd.), Economica, pp. 49-74.

CROCKER K. J., MASTEN S. E. [1996], "Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation", *The Journal of Regulatory Economics*, vol. 9, pp. 5-39.

CROCQ I. [2004], Régulation et réglementation dans les télécommunications, Collection « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », Economica, P. 265.

CROISSANT Y., VORNETTI P. [2003], "Etat, marché et concurrence : les motifs de l'intervention publique", *Cahiers français*, n°313, La Documentation française, pp. 3-8.

D

DALHMAN C. J. [1979], "The Problem of Externality", *The Journal of Law and Economics*, vol. n°22, pp. 141-162.

DANG NGUYEN G., PHAN D. [2000], Economie des télécommunications et de l'Internet, Collection « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », Economica, P. 156.

DEHOUSSE R. [1997], "Regulation by Networks: The Role of European Agencies, *The European Journal of Public Policy*, vol. 4, n°2, pp. 240 – 261.

DEMSETZ H. [1967], "Towards a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, Papers and Proceedings, vol. n°57, Issue 2, pp. 347-359.

_____ [1968], "Why Regulate Utilities?", *The Journal of Law and Economics*, vol. n°11, pp. 55-66.

_____ [1969], "Information and Efficiency: Another Viewpoint", *The Journal of Law and Economics*, vol. n°12, pp. 1-22.

DE STREEL A., QUECK R., VERNET P. [2002], "Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques", *Cahiers de droits européen* n°34.

DE STREEL A. [2004], "A New Regulatory Paradigm for European Electronic Communications: On the Fallacy of the 'Less Regulation' Rhetoric", Draft Paper for ITS-Europe Regional Conference, Berlin, September 2004, P. 24.

DONY M., SMITS C. [1998], "Vers une régulation européenne ? : justification d'une régulation européenne des services publics", in VANDAMME J., VAN DER

MENSBRUGGHE F., La régulation des services publics en Europe, Collection TEPSA, pp. 453 – 462.

DIXIT A. [1996], The Making of Economic Policy: A Transaction Cost Politics Perspective, Cambridge, MIT Press.

DU MARAIS B. [2004], Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po et Dalloz, P. 601.

E

ECONOMIDES N. [1996], "The Economics of Networks", *The International Journal of Industrial Organization,* vol. 14, n°2, (March 1996).

ECTA [2003], Regulatory Scoregard, Report on The relative Effectiveness of The Regulatory Frameworks for Electronic Communications in Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Italy, the Netherlands, Spain, Sweden and the United Kingdom, P. 40.

EMERSON M. [1992], Une évaluation par la Commission des Communautés européennes des effets économiques de l'achèvement du marché intérieur, Editions De Boeck Université.

ESTACHE A., MARTIMORT D. [1998], "Transaction Costs, Politics, Regulatory Institutions, and Regulatory Outcomes", EDI Regulatory Reform Discussion Paper. Washington, D.C., World Bank.

EUROSTAT [2003], Les télécommunications en Europe, Statistiques en bref, Industrie, Commerce et Services, Thème n°4, Communautés européennes.

F

FORRESTER, NORALL, SUTTON [1995], The Institutional Framework For The Regulation of Telecommunications and The Application of EC Competition rules, Final Report for the European Commission.

FRISON-ROCHE M.-A. [2001a], "La victoire du citoyen", Sociétal n°30.

_____ [2001b], "Exemples de régulation et de contrôle étrangers : la puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché", *Petites affiches*, n°185.

_____ [2005], "Régulation et contrat : synthèse du 11ème Forum de la Régulation", *Petite affiches*, n°87.

FUCHS G. [2001], Le service public en France et dans l'Union européenne, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, 14 juin 2001.

G

GALLOT J. [2003], "Qu'est-ce que la régulation", *Cahiers français*, n°313, La Documentation française, P. 87.

GASSOT Y, POUILLOT D, BALCON L. [2000], "The Merger and Acquisition Frenzy", *Communications and Strategies* n°38, 2nd Quarter 2000, pp 159-200.

GATSIOS K., SEABRIGHT P. [1989], "Regulation in the European Community", *The Oxford Review of Economic Policy*, 5, n°2, pp. 37-60.

GERADIN D., PETIT N. [2005], "The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform" in, P. Eeckhout and T. Tridimas, Eds., Yearbook of European Law, Oxford University Press.

GERARD-VARET L.-A., PAUL T., [1998], "La multicarte des territoires", Document de travail n°98C04, GREQAM.

GERUS V. [2003], Impact of New EU Telecoms Regulatory Framework on Accession Countries, Ovum, pp. 4-11.

GILARDI F. [2001], "Principal-Agent Models Go to Europe: Independent Regulatory Agencies as Ultimate Step of Delegation", Paper presented at the ECPR General Conference, Canterbury (UK), 6-8 September 2001 Panel 11-8: Principal-Agency Institutional Relations.

GLAIS M., LAURENT P. [1983], Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, Paris.

GLAIS M. [2001], "Déréglementation", in Dictionnaire des sciences économiques, Jessua C., Labrousse C., Vitry D., Gaumont D., PUF.

GOLDBERG V. P. [1976], "Regulation and Administered Contracts", *Bell Journal of Economics*, n°7, pp. 426-448.

GOULVESTRE J.- P. [1997], Economie des télécoms, Hermès, P. 459.

GRARD L. [2004], "L'interrégulation pour accompagner la libéralisation de l'énergie et des télécommunications", JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n°2, pp. 11-13.

GRAJZL P., MURRELL P. [2005], Allocating Law-Making Powers: Self-Regulation vs. Government Regulation, Working Paper, Department of Economics, University of Maryland, College Park.

GRE [2003], Rapport annuel d'activités.

GREFFE X. [1994], Economie des politiques publiques. Dalloz, coll. Précis Sciences Economiques, Paris.

GROVE-VALDEYRON N. [2004], "Les agences de la Communauté sont-elles des autorités de régulation ?", JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n°2, pp. 22-27.

H

HAAS E. B. [1958], The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957, Stanford, California, Stanford University Press.

HALL D. [1997], Issues Associated With The Creation of A European Regulatory Authority For Telecommunications, Report for the European Commission.

HEADRICK D. [1995], "Réseau et pouvoir", Les réseaux européens transnationaux XIX^{e} – XX^{e} siècles quels enjeux ?, sous la direction de Michèle Merger, Ouest Editions.

HENRY, C. [1997], Concurrence et services publics dans l'Union européenne, PUF Collection Economie, P. 225.

HENRY, C. [1999], Etude comparative des conditions et instruments de régulation économique de services publics en réseaux, La documentation Française.

HENRY C., JEUNEMAÎTRE A., MATHEU M. [2001], Regulation of Network Utilities: The European Experience, Oxford University Press, P. 351.

HOOGHE L., MARKS G. [2001], Multilevel Governance and European Integration, Lanham, Rowman and Littlefield Ed.

I

IDOT L. [2000], « Le temps : un impératif dans l'organisation des procédures », Atelier de la concurrence : le facteur temps, organisé par la DGCCRF, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

INRA [2002], E.U. Telecoms Services Indicators, Study realised for the European Commission, Directorate general for Information Society.

ISAAC G. [1994], Droit communautaire général, 4ème édition, Collection Droit – Sciences économiques, Masson.

J

JEAMMAUD A. [1998], « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, coll. « Droit et société. Recherches et travaux », pp. 47-72.

JENNY F. [1996], La déréglementation des télécommunications : concurrence loyale ou concurrence efficace, R.A.E., Mys & Breesch, éditeurs, pp. 91-94.

K

KLEIN P. G., SHELANSKI H. A. [1995], "Empirical Research in Transaction Cost Economics: A Review and Assessment", *The Journal of Law, Economics and Organization*, n°11, pp. 335-361.

L

LAFFONT J.-J., TIROLE J. [1993], A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, P. 705.

LAFFONT J.-J., ZANTMAN W. [1998], Information Acquisition, Political Game and the Delegation of Authority, Mimeo.

LAFFONT J.-J., MARTIMORT D. [1999], "Separation of Regulators against Collusive Behaviour", *The Rand Journal of Economics*, vol. n°30, pp 232-262.

LAFFONT J.-J., TIROLE J. [2000], Competition in Telecommunications, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, P. 293.

LEVEQUE F. [1998], Economie de la réglementation, La Découverte et Syros, Paris, P. 125.

LEVY B. D., SPILLER P. T. [1996], Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

LEYGUES J.-C. [2001], Rapport du groupe de travail « Gouvernance à plusieurs niveaux : Articulation et mise en réseau des différents niveaux territoriaux », (Groupe 4C), Livre Blanc sur la gouvernance Chantier n° 1 : accroître la qualité du débat public européen, P. 59.

LIBOIS J. L. [1983], Genèse et croissance des télécommunications, CENT, Masson, Paris.

LOTTER F. [1995], "Coûts de transaction et fondements de l'intervention publique", *Revue d'Economie industrielle*, n°71, pp. 163-180.

_____ [1996], "Efficacité transactionnelle versus efficacité parétienne", *Working Paper 96-01*, ATOM, Université Paris 1.

M

MACKAAY E. [2004], Le théorème de Coase, version préliminaire, Chapitre Analyse économique du droit - II. Institutions juridiques, Editions Thémis, Montréal et Bruylant, Bruxelles, (à paraître).

MAJONE G. [1994], "Paradoxes of Privatisation and Deregulation", 1(1), *The Journal of European Public Policy*, 53.

_____ [1996], La Communauté européenne : un Etat régulateur, Collection Clefs Montchrétien, P. 158.

_____ [1997], "The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union", *Eipascope* (3): pp. 1-6.

_____ [1998], "Convergence dans les approches nationales ? : innovations politiques et retards institutionnels", pp. 355 – 375, in VANDAMME J., VAN DER MENSBRUGGHE F., La régulation des services publics en Europe, Collection TEPSA, P. 493.

_____ [2001], La communauté européenne : un Etat régulateur, Paris, Montchrestien.

MARTIMORT D. [1997], "The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs", *Review of Economic Studies*, pp. 929-947.

MASTEN S. E., SAUSSIER S. [2000], "Econometrics of Contracts: An Assessment of Developments in the Empirical Literature on Contracting", *Revue d'économie industrielle*, n°92, pp. 215-236.

MELLERAY F. [2003], "Fonction publique et service public : le cas de France Télécom", *L'Actualité Juridique*, 17 novembre 2003, pp. 2078-2082.

MENARD C., SHIRLEY M. [2002], Reforming Public Utilities: Lessons from Urban Water Supply in Six Developing Countries, The World Bank.

MENARD C. [2006], Redesigning Public Utilities: the Key Role of Micro- institutions, in J. Kornai et al., MacMillan.

MERGER M. [1995], Les réseaux européens transnationaux XIX^{e} – XX^{e} siècles quels enjeux ?, Ouest Editions.

MILGROM P., ROBERTS J. [1992], Economics, Organisation and Management, Prentice-Hall, International Editions, New Jersey.

MILGROM P., NORTH D. C., WEINGAST B. R. [1990], "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Medieval Law Merchant, Private Judges, and The Champagne Fairs", *Economics and Politics* 1 (March), pp. 1-23.

MINEFI [2001], L'Etat actionnaire, Rapport remis au Parlement et au Haut Conseil du secteur public, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, octobre, Paris, P. 147.

_____ [2002], L'Etat actionnaire, Rapport remis au Parlement et au Haut Conseil du secteur public, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, octobre, Paris, P. 45.

MOE T. M. [1984], "The New Economics of Organization", *The American Journal of Political Science*, pp. 739-777.

_____ [1990], "Political Institutions: The Neglected Side of the Story", *The Journal of Law, Economics, and Organisation*, 6, Special Issue, pp. 213-105.

_____ [1995], "The Politics of Structural Choice: Toward a Theory of Public Bureaucracy", in: Williamson, Oliver E. (1995), Organization Theory. From Chester Barnard to the Present and Beyond, Expanded Edition, Oxford, Oxford University Press, pp. 116-153.

MÜLLER J. [1988], Research on the "Cost of non-Europe", Basic Findings, The Benefits of completing the internal Market for Telecommunications in the Community, vol. n°10, INSEAD, Office for Official Publications of the European Communities.

MUSGRAVE R.A. [1959], The Theory of Public Finance, McGraw-Hill, New York.

N

NALEBUFF B. J., BRANDENBURGER A. M. [1996], Co-opetition, Ed. Currency Doubleday.

NIHOUL P., RODFORD P. [2004], EU Electronic Communications Law, Competition and Regulation in the European Telecommunications Market, Oxford University Press, P. 802.

NOAM E. [1992], Telecommunications in Europe, New York, Oxford University Press, P. 523.

NOLL R. G., OWEN B. M. [1983], The Political Economy of Deregulation: Interest Groups in The Regulatory Process, American Enterprise Institute for Public Policy Research, P. 164.

NORTH D.C. [1990], Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press.

_____ [1991], "Institutions", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n°1, pp. 97-112.

_____ [1994], "Economic Performance Through Time", *American Economic Review*, vol. 84, n°3, juin.

NOUMBA UM P. [1995], La privatisation des opérateurs publics de télécommunications : le cas des pays en développement, thèse de doctorat en sciences économiques de l'Université de Rennes 1, P. 289.

O

OCDE [1998], La relation entre les Responsables de la Réglementation et les Autorités chargées de la concurrence, Direction des Affaires financières, fiscales et des entreprises, Comité du Droit et de la Politique de la Concurrence.

_____ [2001], Regulatory Institutions in Liberalised Electricity Markets, International Energy Agency.

_____ [2002], Indicateurs pour l'évaluation de la concurrence dans le secteur des télécommunications, Groupe de travail sur les politiques en matière de télécommunications et de services d'information, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie, Comité de la politique de l'information, de l'informatique et des communications.

_____ [2003], Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : de l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation, Editions OCDE, P. 216.

OGUS A. [1994], Regulation: Legal Form and Economic Theory, Clarendon Press, P. 172.

OLSON M. [1965], The Logic of Collective Action, Public Goods and the Theory of Groups, Harvard University Press, 4th Edition, Cambridge.

P

PECH L. [2002], L'Union européenne : entre déficit démocratique et nouvelle gouvernance, Document de travail n°2002-06 de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, Université du Québec à Montréal.

PELKMANS J. [1997], The European Integration, New York, Longman.

PELTZMAN S. [1976], "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, n°19 (2), pp. 211-240.

PERROT A. [2003], "Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence", *Problèmes économiques* n°2.797, La Documentation française, pp. 27-32.

PIGOU A. [1932], The Economics of Welfare, 4th edition, Macmillan, London.

PHAN D. [1996], "L'ouverture des réseaux de télécommunications", Mutations des télécommunications, des industries et des marchés, ENSPTT, Economica, pp. 323-379.

PHILIP C. [2003], Le Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général, Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, 9 juillet 2003.

POSNER R. A. [1972], "The Appropriate Scope of Regulation in the Cable Television Industry", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. n°3, Issue 1, pp. 98-129.

POSNER R. A. [1974], "Theories of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics*, n°5, pp. 335-358.

Q

QUÉLIN B., RICCARDI D. [2004], "La régulation nationale des télécommunications : une lecture économique néo-institutionnelle", Revue française d'administration publique, n°109, pp. 65-82.

R

RICHARDS P. [2006], "The Limitations of Market-based Regulation of The Electronic Communications Sector", *Telecommunications Policy*, 30, pp. 201–222.

S

SALSBURY S. [1995], "L'espace comme facteur de développement des réseaux de grande échelle", Les réseaux européens transnationaux XIX^{e} – XX^{e} siècles quels enjeux ?, sous la direction de Michèle MERGER, Ouest Editions.

SAMUELSON P. A. [1954], "The pure Theory of public expenditures", *Review of Economics and Statistics*, vol. n°36, pp. 387-389.

SEROT A. [2003], From Monopoly to Competition: Institutional Reforms and the Comparative Analysis of Pricing Policies in British and French Telecoms 1980-2000, European University Institute, P. 303.

SHAPIRO C., WILLIG R. [1996], "Economics Rationales fort he Scope of Privatization" in SULEIMAN E. N. & WATERBURY J. (Eds), The Political Economy of Public Sector Reform and Privatization, pp. 55-87.

SHELANSKI H. A. [2002], "From Sector-specific Regulation to Antitrust Law for US Telecommunications: The Prospects for Transition", *Telecommunications Policy,* n°26, pp. 335 – 355.

SHARKEY W. W. [1982], The Theory of Natural Monopoly, Cambridge University Press.

SIDAK J. G., SPULBER D. F. [1997], Deregulatory Takings and The Regulatory Contract – The Competitive Transformation of Network Industries in the United States, Cambridge University Press.

SIMON [1947], Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations, 4th Ed. The Free Press.

SIMON H. A. [1972], Theories of Bounded Rationality. In C.B. McGuire and R. Radner (Eds.), Decision and organization: A volume in honor of Jacob Marschak (Chap. 8). Amsterdam: North-Holland.

SIMON H. A. [1978], "Rationality as Process and as Product of Thought", Richard T. Ely lecture, *American Economic Review*, 68(2), pp. 1-16.

SMITH A. [1776], An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.

SPILLER P. T., TOMMASI M. [2007], The Institutional Foundations of Public Policy: The Case of Argentina, forthcoming, Cambridge University Press.

SQUIRE SANDERS [2002], Study on Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets, European Commission.

STIGLER G. J., FRIEDLAND C. [1966], "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity", *Journal of Law and Economics*, n°4, pp. 1-16.

STIGLER G. J. [1971], "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economic and Management Science*, n°2 (1), pp. 3-21.

STOFFAËS C. [2003], Vers une régulation européenne des réseaux, Rapport du groupe de réflexion présidé par M. Christian Stoffaës, juillet 2003.

T

TELIGEN [2002], Telecoms Price Developments from 1998 to 2002, Report for the Directorate general for Information Society, European Commission, P. 186.

THATCHER M. [1999], The Politics of Telecommunications: National Institutions, Convergence, and Change in Britain and France, Oxford University Press, P. 370.

TIROLE J. [1994], "The International Organization of Government", *Oxford Economic Papers*, vol. n°46, n°1, January 1994, pp. 1-29.

_____ [1999], "The Institutional Infrastructure of Competition Policy", *Working Paper* de l'Institut D'Economie Industrielle, Toulouse.

TULLOCK G. [1978], Le marché politique : analyse économique des processus politiques, Economica, Paris.

U

UIT [1995], "Du morse au multimédia – Une histoire de l'UIT", L'Union internationale des Télécommunications célèbre 130 années d'existence 1865 – 1995, pp. 38-69.

___ [2002], Effective Regulation: Trends in Telecommunication Reform 2002, P. 175.

V

VAN DEN BERGH R. [1994], "The Subsidiarity Principle in European Community Law: Some Insights from Law and Economics", 1 *Maastricht Journal or European and Comparative Law*.

_____ [1998], "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.

VALLÉE A. [1994], "Le régulateur face à l'asymétrie d'information", *Communications & Stratégies*, n°14, 2ème trimestre 1994, P. 15.

VANDAMME J., VAN DER MENSBRUGGHE F. [1998], La régulation des services publics en Europe, Collection TEPSA, P. 493.

VICKERS J., WRIGHT V. [1989], The Politics of Privatization in Western Europe, Routledge, February 1989, P. 156.

VISCUSI W. K., VERNON J., HARRINGTON J. E. Jr. [1995], Economics of Regulation and Antitrust, 2nd ed., Cambridge, Mass: The MIT Press.

W

WALRAVE M. [1995], Les réseaux de services publics dans le monde : organisation, régulation, concurrence, Commissariat général du Plan, Editions ESKA, Collection Rapports officiels, P. 241.

WANG N. [2003], "Measuring Transaction Costs: An Incomplete Survey", Working Paper presented to the Conference on Transaction Costs organized by the Ronald Coase Institute (February 21-23, Chicago, Illinois, USA, University of Chicago).

WILLIAMSON O. E. [1975], Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, Free Press, New York.

_____ [1976], "Franchise Bidding for Natural Monopolies in General and With Respect to CATV", *The Bell Journal of Economics*, vol. n°7, Spring, pp. 73-104.

_____ [1981], "The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach", *The American Journal of Sociology*, vol. n°87 (November), pp. 548-577.

_____ [1983], "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *The American Economic Review*, vol. 73, n°4, pp. 519-540.

_____ [1985], The Economic Institutions of Capitalism, The Free Press, New York.

_____ [1989], "Transaction Cost Economics", in Handbook of Industrial Organization, vol. I, chapter 3, R. Schamlensee and R. D. Willig (eds), Elsevier Science Publishers, pp. 135-182.

_____ [1991a], "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *The Administrative Science Quarterly*, vol. 36, pp. 269-296.

_____ [1991b], "The Logic of Economic Organization", The Nature of the Firm, O.E. Williamson and S.G. Winter (eds.), Oxford University Press, pp. 90-116.

_____ [1993], "Transaction Cost Economics and Organization Theory", *The Journal of Industrial and Corporate Change*, vol. 2, n°2, pp. 107-156.

_____ [1994], "Efficiency, Power, Authority, and Economic Organization", Colloque Economie des coûts de transaction : développements récents, ATOM, Paris.

_____ [1996], The Mechanisms of Governance, New York, Oxford University Press, P. 429.

_____ [1998], "Transaction Cost Economics: How it works, Where it is headed", De Economist, 146, n°1, pp. 23-58, Kluwer Academic Publishers.

_____ [1999], "Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective", *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 15, n°1, pp. 306-342.

_____ [2000a], "The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead", *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII (September 2000) pp. 595–613.

_____ [2000b], "Why Law, Economics, and Organization?", UC Berkeley School of Law, Public Law, and Legal Theory Working Paper No. 37.

_____ [2002], "The Lens of Contract: Applications to Economic Development and Reform", *The Institutional Economics Approach to Aid Effectiveness*, The IRIS Centre, Washington D.C.

WILLMAN P., COEN D., CURRIE D., SINER M. [2003], "The Evolution of Regulatory Relationships, Regulatory Institutions and Firm Behaviour in Privatized Industries", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 12:1, pp. 69-89.

WOLFELSPERGER A. [1995], Economie publique, Presses universitaires de France.

Y

YVRANDE-BILLON A. [2002], Choix contractuels et performances : le cas des chemins de fer britanniques, thèse pour le doctorat en sciences économiques, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, P. 291.

Z

ZILLER J. [2004], L'autorité administrative dans l'Union européenne, EUI Working Paper Law n° 2004/14, Institut universitaire européen.

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

AGCOM	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
Cocom	Comité des communications
CMT	Comisión del mercado de las telecomunicaciones
CAA	Commutateur à autonomie d'acheminement
CEPT	Conférence européenne des postes et télécommunications
CERVM	Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CSR	Comité du spectre radioélectrique
CT	Commutateur de transit
ECTA	European Competitive Telecommunications Association
ENISA	Agence européenne pour la sécurité des réseaux et de l'information
ETNO	European Telecommunications Networks Operators
FICORA	Finland Communications Regulatory Agency
GPSR	Groupe pour la Politique du Spectre Radioélectrique
GRE	Groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et des services de communications électroniques
GRI	Groupe des régulateurs indépendants
KPN	Koninklijke PTT Nederland
MINEFI	Ministère français de l'Economie, des Finances et de l'Industrie
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement économiques
ONP	Open Network Provision
OTE	Organisation des télécommunications helléniques
PIBs	Principles of Implementation and Best Practice
BNetzA	Bundesnetzagentur
SMS	Short Message Service
UIT	Union internationale des télécommunications
URA	Unité de raccordement d'abonnés

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

TABLE DES ILLUSTRATIONS

LISTE DES ENCADRÉS :

Encadré n°1 : Les 18 marchés pertinents définis par la Commission européenne....193

LISTE DES FIGURES :

Figure n°1 : Les instruments juridiques de la libéralisation 29
Figure n°2 : Les flux annuels de trafic téléphonique entre les pays européens 59
Figure n°3 : Un ensemble d'instruments d'action réglementaires et non réglementaires....133
Figure n°4 : La politique et l'économie des coûts de gouvernance 150
Figure n°5 : Les préférences de la Commission européenne et des régulateurs 186

LISTE DES GRAPHIQUES :

Graphique n°1 : Les parts de marché des opérateurs historiques en valeur....66
Graphique n°2 : Les parts de marché des opérateurs historiques en volume de trafic....66
Graphique n°3 : La moyenne des parts de marché en valeur des opérateurs historiques 67
Graphique n°4 : L'évolution du prix des appels locaux et interurbains 68
Graphique n°5 : Les parts de marché de la filiale mobile de l'opérateur historique fixe....68
Graphique n°6 : Les parts de marché des opérateurs en radiotéléphonie numérique 69
Graphique n°7 : Les taux de pénétration de l'accès large bande 70
Graphique n°8 : Les coûts de gouvernance et l'arbitrage entre structures de gouvernance....167
Graphique n°9 : La corrélation entre réunions de prénotification et mesures notifiées....215
Graphique n°10 : Un effet d'apprentissage pour les régulateurs nationaux 216

LISTE DES SCHÉMAS :

Schéma n°1 : L'ouverture à la concurrence au sein du réseau téléphonique....31
Schéma n°2 : Les nouveaux opérateurs de réseaux et fournisseurs de service....32
Schéma n°3 : Le processus de privatisation des opérateurs historiques 36
Schéma n°4 : La refonte du cadre réglementaire en six directives....77
Schéma n°5 : Le cadre réglementaire des communications électroniques 78
Schéma n°6 : Le champ d'application du cadre réglementaire européen....79
Schéma n°7 : L'architecture du cadre réglementaire européen 90
Schéma n°8 : La chaîne de régulation d'une entreprise publique de service public....144
Schéma n°9 : La chaîne de régulation d'une entreprise privée de service public....146
Schéma n°10 : La temporalité de l'évolution des institutions 168
Schéma n°11 : Les étapes du dispositif de la régulation des marchés pertinents 199
Schéma n°12 : La temporalité du dispositif de coordination réglementaire....204

Schéma n°13 : Un arbre de choix des structures de gouvernance de la régulation des marchés pertinents 297

LISTE DES TABLEAUX :

Tableau n°1 : Les objectifs divergents de l'action régulatrice des institutions européennes 46
Tableau n°2 : Les principales évolutions du cadre réglementaire européen 84
Tableau n°3 : Les compétences des régulateurs dans le nouveau dispositif réglementaire européen 98
Tableau n°4 : La matrice des biens 112
Tableau n°5 : Les défaillances de marché et les prescriptions théoriques 114
Tableau n°6 : La typologie des externalités des réseaux de communications électroniques 117
Tableau n°7 : Les analyses théoriques de la réglementation des marchés de service public 131
Tableau n°8 : Les caractéristiques du contrat classique et de la gouvernance de marché 160
Tableau n°9 : Les caractéristiques du contrat néo-classique et de la gouvernance de réseau 162
Tableau n°10 : Les caractéristiques du contrat de subordination et de la gouvernance hiérarchique 163
Tableau n°11 : La comparaison des propriétés des arrangements contractuels 164
Tableau n°12 : Les conséquences des hypothèses comportementales 175
Tableau n°13 : Les modes d'évaluation 190
Tableau n°14 : Les délais requis et effectifs des procédures administratives 202
Tableau n°15 : L'état de la progression des analyses de marchés par pays 209
Tableau n°16 : La divergence des résultat des notifications 218
Tableau n°17 : Une typologie des structures de gouvernance réalisables 232
Tableau n°18 : Les attributs de la Commission européenne en tant qu'autorité de régulation 247
Tableau n°19 : Les attributs d'une agence indépendante en tant que régulateur fédéral 251
Tableau n°20 : Les attributs du réseau hiérarchique 254
Tableau n°21 : Les attributs du réseau autonome 258
Tableau n°22 : Les attributs de la corégulation 261
Tableau n°23 : Les attributs de l'autorégulation 264
Tableau n°24 : La mise en correspondance des structures de gouvernance 268
Tableau n°25 : Les facteurs critiques et les critères d'alignement associés 273
Tableau n°26 : La grille des niveaux d'exercice attendus et effectifs 290
Tableau n°27 : L'ordonnancement et l'applicabilité des critères d'alignement 296

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE 5

CHAPITRE 1. LES MODES DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS AVANT 2002 23

INTRODUCTION DU CHAPITRE 1 24

SECTION 1. LA TRANSFORMATION DU RÔLE TRADITIONNEL DES ADMINISTRATIONS NATIONALES 26

1.1. Le mouvement européen de libéralisation des réseaux et des services 26

1.1.1. Le processus graduel de libéralisation des marchés de télécommunications 27

1.1.2. La voie de la concurrence sans le démantèlement des monopoles historiques 29

1.2. La privatisation des monopoles publics 32

1.2.1. La transformation des opérateurs publics de télécommunications 32

1.2.2. La séparation entre les fonctions réglementaires et opérationnelles d'exploitation 35

1.3. La création d'une fonction de régulation nationale indépendante 37

1.3.1. D'un secteur monopolistique et réglementé à un secteur ouvert et régulé 38

1.3.2. La conciliation des différents rôles de l'Etat 40

Conclusion de la première section 41

SECTION 2. LE DÉVELOPPEMENT DE NOUVELLES FORMES DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE 42

2.1. L'immixtion du secteur privé dans la coopération intergouvernementale 42

2.1.1. L'internationalisation de la coopération intergouvernementale 43

2.1.2. La participation des acteurs privés au processus réglementaire européen 43

2.2. Le rôle croissant de la Commission européenne en matière de régulation 44

2.2.1. Une action institutionnelle forte en faveur de l'ouverture à la concurrence 45

2.2.2. Un rôle stratégique de coordination aux niveaux européen et mondial 46

2.3. La « mise en réseau » des autorités nationales de régulation 47

2.3.1. Le décloisonnement institutionnel des autorités nationales de régulation 48

2.3.2. La mise en réseau des régulateurs : un fonctionnement informel fondé sur le consensus 49

Conclusion de la deuxième section 50

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 51

CHAPITRE 2. LA RÉFORME DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES 52

INTRODUCTION DU CHAPITRE 2 53

SECTION 1. LA GENÈSE DU NOUVEAU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN 55

1.1. Le contexte technologique *56*
1.1.1. La prise en compte de la convergence sectorielle 56
1.1.2. Le développement des réseaux et des services européens transnationaux 58
1.2. Les facteurs économiques *60*
1.2.1. Les caractéristiques économiques du secteur des communications électroniques 61
1.2.2. La structure oligopolistique des marchés de services 63
1.2.3. La diversité des situations nationales aux plans concurrentiel et tarifaire 64
1.3. Les enjeux politiques *70*
1.3.1. Les coûts d'une réglementation axée sur les résultats 70
1.3.2. La lenteur et la rigidité du système de codécision 71
1.3.3. Le déficit de transposition dans les législations nationales 73
Conclusion de la première section *74*
SECTION 2. LES CONSÉQUENCES POUR LA RÉGULATION DES MARCHÉS 75
2.1. L'évolution du cadre juridique *75*
2.1.1. L'articulation du droit de la concurrence et des règles sectorielles 76
2.1.2. De nouvelles méthodes de régulation 80
2.2. Une organisation institutionnelle complexe *85*
2.2.1. Une structure de coordination à plusieurs niveaux 85
2.2.2. Les interactions entre de multiples acteurs 91
2.3. La mise en œuvre de mécanismes de coordination de nature contractuelle *95*
2.3.1. D'une coordination par le contrôle à une régulation par la coordination 95
2.3.2. Les mécanismes de consultation et de transparence de la directive cadre 99
Conclusion de la deuxième section *100*
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 101

CHAPITRE 3. LES THÉORIES DE LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICES PUBLICS 103
INTRODUCTION DU CHAPITRE 3 104
SECTION 1. LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICES PUBLICS 106
1.1. Les concepts supports des analyses théoriques *106*
1.1.1. La polysémie du service public 106
1.1.2. L'équilibre de marché, objet de la régulation 107
1.1.3. La distinction sémantique entre réglementation et régulation 108
1.2. L'intervention publique face aux défaillances de marché *109*
1.2.1. Les situations hors marché 110
1.2.2. L'absence de marché 111
1.2.3. Les défaillances structurelles de marché 113
1.3. Le cas des marchés de services publics de réseau *114*

1.3.1. Les effets externes de réseau 115
1.3.2. La réglementation du monopole naturel 117
Conclusion de la première section 119
SECTION 2. LES LIMITES DE LA RÉGULATION DES MARCHÉS DE SERVICE PUBLIC 120
2.1. Les sources de défaillance de l'intervention publique 120
2.1.1. La capture des pouvoirs publics 121
2.1.2. L'inefficacité de l'organisation des pouvoirs publics 123
2.1.3. Les effets de l'asymétrie d'information 124
2.2. La réfutation du recours systématique à l'intervention publique 127
2.2.1. La prise en compte des coûts de transaction 127
2.2.2. La résolution privée des défaillances de marché 129
2.2.3. Une méthode d'analyse comparée et empirique 130
2.3. Une palette d'instruments d'action réglementaires et non réglementaires mis en concurrence 131
Conclusion de la deuxième section 134
CONCLUSION DU CHAPITRE 3 135

CHAPITRE 4. LE CHOIX DU CADRE THÉORIQUE DES COÛTS DE TRANSACTION 137
INTRODUCTION DU CHAPITRE 4 138
SECTION 1. UNE APPROCHE CONTRACTUELLE DE LA RÉGULATION 140
1.1. La gouvernance de la régulation vue comme un contrat 140
1.1.1. L'originalité de l'approche de la théorie des coûts de transaction 140
1.1.2. L'incomplétude et la nature de long terme du contrat réglementaire 142
1.2. Les chaînes transactionnelles de la régulation 143
1.2.1. Le cas d'une gestion publique de l'entreprise de service public 143
1.2.2. Le cas d'une gestion privée de l'entreprise de service public 145
Conclusion de la première section 147
SECTION 2. L'ANALYSE NÉO-INSTITUTIONNELLE DE LA GOUVERNANCE RÉGLEMENTAIRE 148
2.1. La définition des coûts de coordination réglementaire 148
2.1.1. Une définition dérivée de la politique des coûts de transaction 149
2.1.2. L'échange de droits de propriété politique 151
2.2. Les coûts de l'échange des droits de propriété réglementaire 152
2.2.1. L'attribution des droits de propriété réglementaire 153
2.2.2. L'internalisation des externalités dans la fonction du pouvoir réglementaire 154
2.3. Les attributs de la coordination réglementaire 155
2.3.1. L'incertitude quant aux termes du contrat réglementaire 156
2.3.2. La spécificité temporelle des dispositifs de coordination réglementaire 157

2.4. Les caractéristiques contractuelles des dispositifs de coordination réglementaire *158*
2.4.1. Le contrat classique et la structure de gouvernance de marché 159
2.4.2. Le contrat néo-classique et la structure de gouvernance de réseau 160
2.4.3. Le contrat de subordination et la structure de gouvernance hiérarchique 162
Conclusion de la deuxième section *165*
SECTION 3. LA CORRESPONDANCE ENTRE ATTRIBUTS DES TRANSACTIONS ET DISPOSITIFS DE COORDINATION RÉGLEMENTAIRE 166
3.1. Le principe d'alignement entre structures de gouvernance et transactions ... *167*
3.1.1. L'arbitrage discriminant entre structures de gouvernance 167
3.1.2. La temporalité de l'alignement 168
3.2. L'influence de l'environnement institutionnel sur les choix de gouvernance réglementaire *169*
3.2.1. L'environnement institutionnel et le design des institutions réglementaires 169
3.2.2. Les choix de structures de gouvernance et la protection des droits de propriété réglementaire 170
3.3. Le rôle des hypothèses comportementales *172*
3.3.1. La rationalité limitée 172
3.3.2. L'opportunisme 173
3.4. Le critère d'efficacité des coûts de transaction *175*
3.4.1. La relativité de la notion d'efficacité 176
3.4.2. Les mécanismes de protection des « droits de réguler » 177
Conclusion de la troisième section *178*
CONCLUSION DU CHAPITRE 4 179

CHAPITRE 5. L'ANALYSE DE L'EFFICACITÉ DE LA COORDINATION RÉGLEMENTAIRE EUROPÉENNE 180
INTRODUCTION DU CHAPITRE 5 181
SECTION 1. LE CHOIX DE L'OBJET ET DE LA MÉTHODE D'ANALYSE 183
1.1. Le dispositif de coordination réglementaire comme objet d'analyse *183*
1.1.1. Un écheveau complexe de relations réglementaires 184
1.1.2. La diversité des préférences des acteurs du cadre réglementaire 185
1.1.2.1. La quête de légitimité politique des autorités nationales de régulation 187
1.1.2.2. Les velléités de coordination de la Commission européenne 188
1.1.2.3. La divergence des préférences des opérateurs 189
1.1.3. Le choix d'une évaluation par les processus 190
1.2. Un processus de régulation articulé en plusieurs étapes *191*
1.2.1. La définition des marchés pertinents 191

1.2.2. La collecte des données auprès des opérateurs 195
1.2.3. L'analyse des marchés pertinents et la désignation des opérateurs puissants 195
1.2.4. La détermination des obligations réglementaires 197
Conclusion de la première section 199
SECTION 2. LES ATTRIBUTS DE LA COORDINATION RÉGLEMENTAIRE 200
2.1. L'analyse des caractéristiques des relations réglementaires 200
2.1.1. La spécificité temporelle du dispositif de coordination 200
2.1.1.1. Des délais longs et peu adaptés aux caractéristiques du secteur 201
2.1.1.2. L'interdépendance des étapes de la coordination 203
2.1.1.3. La complexité du fonctionnement de la procédure de veto 206
2.1.2. Des interactions complexes sources d'incertitude 207
2.1.2.1. Des analyses de marchés fragmentées et non systématiques 207
2.1.2.2. La disparité des rythmes de travail des régulateurs 208
2.1.2.3. Une mise en œuvre flexible du droit au prix d'une plus grande incertitude 210
2.2. L'identification des sources de coûts de coordination 211
2.2.1. Le partage des compétences réglementaires nationales 211
2.2.2. La complexité des procédures de consultation 212
2.2.3. L'efficacité relative des procédures de prénotification 214
2.2.4. Les différences d'interprétation des règles 217
2.3. Une évaluation des coûts de la coordination entre les régulateurs 220
2.3.1. Les coûts de coordination de la mise en réseau 220
2.3.2. Des coûts politiques et administratifs croissants 221
Conclusion de la deuxième section 222
CONCLUSION DU CHAPITRE 5 224

CHAPITRE 6. LA COMPARAISON DES DISPOSITIFS INSTITUTIONNELS RÉALISABLES 225
INTRODUCTION DU CHAPITRE 6 226
SECTION 1. LES STRUCTURES DE GOUVERNANCE RÉALISABLES 229
1.1. Une typologie des structures de gouvernance de la régulation 229
1.1.1. La dimension supranationale de la gouvernance de la régulation des marchés 230
1.1.2. Les implications en matière de gouvernance réglementaire 230
1.1.3. La palette des dispositifs institutionnels réalisables 231
1.2. Les caractéristiques contractuelles des dispositifs institutionnels 232
1.2.1. La régulation : une mise en réseau des pouvoirs publics 233
1.2.1.1. Contrat de subordination et régulation centralisée 233
1.2.1.2. Contrat néo-classique et régulation coordonnée 234
1.2.1.3. Contrat relationnel et régulation polycentrique 234
1.2.2. La corégulation : un contrat de long terme entre les pouvoirs publics et les entreprises 235
1.2.2.1. La construction collective de compromis 236

1.2.2.2. La corégulation des marchés de communications électroniques en question.....237
1.2.3. L'autorégulation : un contrat de coopétition entre les entreprises.....237
1.2.3.1. Des mécanismes de création endogène de droits de propriété.....238
1.2.3.2. L'autorégulation des marchés de communications électroniques en question.....238
Conclusion de la première section.....239
SECTION 2. LA COMPARAISON DES STRUCTURES DE GOUVERNANCE.....241
2.1. Les formes organisationnelles associées aux structures de gouvernance.....241
2.1.1. Une autorité européenne pour une régulation centralisée.....242
2.1.1.1. Des fonctions de régulation attribuées à la Commission européenne.....244
2.1.1.2. Un régulateur fédéral sous la forme d'une agence européenne de régulation.....248
2.1.2. La mise en réseau pour une régulation réticulaire.....252
2.1.2.1. Un réseau hiérarchique pour une régulation coordonnée.....252
2.1.2.2. Un réseau autonome pour une régulation polycentrique.....255
2.1.3. Le partage de la mise en œuvre des règles par la corégulation.....259
2.1.4. L'endogénéisation de la mise en œuvre des règles par l'autorégulation.....262
2.2. Les risques d'opportunisme associés aux structures de gouvernance.....264
2.2.1. Les risques de sélection adverse dus à la segmentation du secteur.....265
2.2.2. Les risques de capture des structures de gouvernance par l'industrie.....266
2.2.3. Les risques d'aléa moral relatifs aux pouvoirs discrétionnaires.....267
2.3. La mise en correspondance des structures de gouvernance.....267
Conclusion de la deuxième section.....268
CONCLUSION DU CHAPITRE 6.....269

CHAPITRE 7. LE CHOIX DE LA STRUCTURE DE GOUVERNANCE DE LA RÉGULATION « LA MIEUX ALIGNÉE ».....270
INTRODUCTION DU CHAPITRE 7.....271
SECTION 1. LES CRITÈRES D'ALIGNEMENT.....272
1.1. Les facteurs critiques de la régulation des marchés pertinents.....272
1.1.1. Les critères d'alignement associés à l'analyse des fonctions de demande et de coût.....273
1.1.1.1. Le besoin de sécurité juridique et l'absence de confiance.....274
1.1.1.2. L'incertitude quant à la portée des obligations réglementaires.....275
1.1.2. Le critère d'alignement associé à l'appréciation de la position dominante.....277
1.1.2.1. Les présomptions d'abus de position dominante.....277
1.1.2.2. L'absence de contre-pouvoir.....280
1.1.3. Le critère d'alignement associé à l'importance du facteur temps.....282
1.1.3.1. Le temps comme condition d'efficacité de la régulation du marché.....282
1.1.3.2. L'impératif de célérité dans les procédures de l'analyse des marchés pertinents.....284
1.2. L'internalisation des externalités et l'hétérogénéité des préférences comme critères d'alignement complémentaires.....286

1.2.1. Le principe de subsidiarité et les niveaux d'intervention réglementaire 286
1.2.2. Une grille des niveaux d'exercice théoriques et attendus des compétences 288
Conclusion de la première section 292
SECTION 2. UN ARBRE DE CHOIX DES STRUCTURES DE GOUVERNANCE 293
2.1. La mise en œuvre du mécanisme d'alignement 293
2.1.1. L'élaboration d'un arbre de choix des dispositifs de régulation 294
2.1.1.1. Les principes de la construction d'un arbre de choix 294
2.1.1.2. L'ordonnancement et l'applicabilité des critères d'alignement 295
2.1.2. L'écart d'alignement entre les structures de gouvernance théorique et effective 298
2.1.2.1. La prééminence d'une logique intergouvernementale 299
2.1.2.2. La doctrine Meroni et la délégation de pouvoirs de régulation 300
2.2. La prise en compte des facteurs politiques dans l'alignement 302
2.2.1. La délimitation des frontières de compétence 303
2.2.2. La crédibilité politique et l'effectivité juridique 304
Conclusion de la deuxième section 305
SECTION 3. VERS UN COMPROMIS ENTRE ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL ET EFFICACITÉ 306
3.1. Renforcer l'équilibre dynamique des pouvoirs réglementaires 306
3.1.1. Appliquer le principe de subsidiarité en privilégiant la méthode contractuelle 306
3.1.2. Exercer un contrôle pluraliste préservant l'indépendance de la régulation 307
3.1.3. Privilégier la transparence pour une meilleure sécurité juridique 309
3.2. Arbitrer entre intensité incitative et flexibilité 310
3.2.1. Assurer un contrôle démocratique à l'appui d'une dynamique de projet 310
3.2.2. Instaurer la confiance mutuelle comme condition préalable d'une régulation efficace 312
3.2.3. Coordonner les actions des autorités de concurrence et de régulation sectorielle 313
3.2.4. Gérer les délais de manière rigoureuse 315
Conclusion de la troisième section 316
CONCLUSION DU CHAPITRE 7 318

CONCLUSION GÉNÉRALE 319

ANNEXES 332
Annexe n°1 : Le fonctionnement du GRE : les principes d'un contrat relationnel 333
Annexe n°2 : Les règles de procédure de l'article 7 de la directive cadre 339
Annexe n°3 : La recommandation sur la définition des marchés pertinents 342
Annexe n°4 : Les lignes directrices sur l'analyse des marchés 349

BIBLIOGRAPHIE 353

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS **375**

TABLE DES ILLUSTRATIONS **376**

TABLE DES MATIÈRES **378**

RÉSUMÉ

L'objectif de cette thèse est d'illustrer et de développer le cadre d'analyse des dispositifs de coordination réglementaire des industries de réseau, en fournissant un point de vue original sur la mise en œuvre de la réforme de la réglementation européenne du secteur des communications électroniques. Le nouveau dispositif de coordination entre les autorités nationales de régulation et la Commission européenne se caractérise par des relations complexes et de longs délais de mise en œuvre, qui questionnent sa pertinence et son efficacité au regard des caractéristiques du secteur. Cette problématique nous a conduit à mobiliser les concepts de la théorie des coûts de transaction et à adopter une approche contractuelle de la régulation. Notre analyse pointe l'influence de l'environnement institutionnel européen sur le choix des modalités de mise en œuvre de la régulation des marchés pertinents. Partant d'une analyse comparative des formes possibles de la régulation, nous défendons la thèse que la structure de gouvernance issue de la réforme répond au besoin de garanties face à l'incertitude, au pouvoir discrétionnaire et au risque d'opportunisme dans un contexte incertain. La dispersion des pouvoirs et des compétences apparaît délibérée. Elle sert des intérêts légitimes comme l'équilibre des pouvoirs et la transparence des relations entre les autorités nationales de régulation et de la concurrence, les institutions européennes et les acteurs du marché.

Mots clés : Coûts de transaction, politique des télécommunications, aspect économique du droit, institutionnalisme.

SUMMARY

The objective of this thesis is to illustrate and to develop the framework of analysis of the regulatory coordination devices of network industries, by providing an original point of view on the implementation of the reform of the European regulation of the electronic communications sector. The new device of coordination between the national authorities of regulation and the European Commission is characterized by complex relationships and long delays of implementation, which question its relevance and its effectiveness in comparison with the characteristics of the sector. This problem has led us to mobilize the concepts of the transaction cost theory and to adopt a contractual approach of regulation. Our analysis of the regulatory coordination device points the influence of the European institutional environment on the choice of the implementation methods to regulate the relevant markets. On the basis of a comparative analysis of the possible forms of regulation, we defend the thesis that the governance structure resulting from the reform meets the need for guarantees *vis-à-vis* uncertainty, discretionary power and risk of opportunism in an uncertain context. The dispersion of capacities and competences appears deliberated. It serves legitimate interests like balance of power and transparency of the relationships between the national authorities of regulation and of competition, the European institutions and the market actors.

Key words: transaction costs, telecommunications policy, economic aspects of law, institutionalism.

JEL classification: K23, L14, L51, L96.