

Vers une régulation européenne des réseaux

**Rapport du groupe de réflexion
présidé par M. Christian Stoffaës**

Juillet 2003

SOMMAIRE

MANDAT DU GROUPE DE REFLEXION

COMPOSITION DU GROUPE DE REFLEXION

INTRODUCTION

De la dérégulation en Europe à la régulation européenne

I - LES APPROCHES DE LA RÉGULATION A L'ÉCHELLE DU MARCHÉ EUROPEËN

I.1 - Les formes traditionnelles de la coopération internationale dans les industries de réseaux

I.2 - Les formes de coopération existant au niveau européen

I.3- Le développement des agences en Europe

II - L'UTILITÉ D'UNE FONCTION COMMUNAUTAIRE DE RÉGULATION

II.1 - La régulation des réseaux, point de rencontre des progrès de la construction communautaire

II.2 - Les insuffisances du système européen de régulation

II.3 - Les critères d'une fonction communautaire de régulation

II.4 - Les enjeux institutionnels et constitutionnels

III - LES FORMES INSTITUTIONNELLES D'UNE RÉGULATION COMMUNAUTAIRE

III.1 - Le renforcement des modèles de coopération existants

III.2 - La création d'observatoires

III.3 - La création d'autorités communautaires de régulation

CONCLUSION

Un espace de régulation en Europe

SYNTHESE

TABLE DES MATIERES

ANNEXES

MANDAT DU GROUPE DE RÉFLEXION

Lettre de mission de la Ministre déléguée aux Affaires européennes

Monsieur le Président,

L'ouverture du marché européen dans des secteurs investis de missions de service public requiert l'approfondissement du concept de service d'intérêt économique général en Europe.

A la suite de la demande française d'engager la préparation d'une Directive-cadre, la Commission européenne, sous l'impulsion de son Président, a mis en chantier l'élaboration d'un Livre Vert sur les services d'intérêt général.

Ce Livre Vert a pour premiers objectifs :

- de lancer un large débat sur le sujet des services d'intérêt général en Europe ;
- de jeter les bases d'un rapport que la Commission doit présenter au Conseil ;
- de contribuer au débat de la Convention sur l'avenir de l'Europe.

La Commission a lancé un programme de travail, dont l'un des thèmes porte sur la question de l'autorité régulatrice, l'entité chargée de mettre en œuvre et de contrôler l'application des règles communautaires.

La notion de régulation est cruciale dans les secteurs de monopoles naturels et de services publics, en particulier dans les secteurs de réseaux pour assurer le fonctionnement de la concurrence conformément à l'intérêt général. L'abrogation des régimes nationaux de monopoles s'est traduite dans chaque Etat membre, par la séparation de l'infrastructure et de l'exploitant du service, et par l'instauration d'une régulation nationale par un régulateur sectoriel. La construction du marché européen dans les secteurs concernés pose à son tour la question de l'émergence d'une fonction de régulation communautaire autorisant une gestion européenne des réseaux, en particulier pour développer l'harmonisation et l'équité des conditions d'accès et des tarifs, pour appliquer les règles aux échanges transfrontalier, ainsi que pour assurer aux opérateurs la sécurité juridique et la visibilité indispensables aux investissements de long terme.

Il existe un modèle fédéral de régulation, comportant une répartition des compétences fondée sur le principe de subsidiarité, tel que celui développé aux Etats-Unis. Il faut rechercher la conception d'un modèle européen.

Quel en est l'intérêt pour les objectifs de l'Union européenne ? Quelle doit être la nature de la fonction communautaire de régulation et comment doit-elle s'exercer ? Quelle serait la valeur ajoutée en matière d'expertise et de crédibilité d'éventuelles

agences européennes spécialisées ? Quels obstacles et quelles oppositions rencontreront ces initiatives ?

Il convient de s'interroger en outre sur le statut institutionnel et la nature de la régulation européenne. Doit-elle être évoquée dans les travaux de la Convention sur la future constitution de l'Europe ? Faut-il redéfinir le partage des pouvoirs en matière de contrôle des règles de concurrence et de régulation des services publics ? Quelle articulation avec les services de la Commission ? La Cour de Justice ? Les régulateurs nationaux ?

Pour analyser ces enjeux et les options envisageables, je vous demande de bien vouloir animer une réflexion sur la régulation des grands réseaux d'infrastructures par des autorités sectorielles afin de proposer un modèle européen.

A cette fin, vous présiderez un groupe de travail composé de Messieurs Jean-Michel Charpin, Directeur Général de l'INSEE ; Elie Cohen, directeur de recherche au CNRS ; Jean-Michel Hubert, ancien président de l'ART ; Pierre-Alain Jeanneney, conseiller d'Etat et Claude Lazarus, avocat international. Patrick Allard, du Centre d'Analyse et de Prévision du Ministère des Affaires Etrangères, sera votre rapporteur.

Vos réflexions seront utilisées pour éclairer la position française dans la préparation du Livre Vert et de la Directive-cadre sur les services publics en Europe. A cette fin, après m'avoir remis de premières orientations à l'occasion du Conseil européen d'Athènes de mars prochain, vous me transmettez les résultats de vos travaux en juin 2003.

Vous prendrez bien entendu l'attache des départements ministériels intéressés à la gestion des réseaux d'infrastructures entrant dans le champ de l'étude, en particulier du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et de Madame la Ministre déléguée à l'Industrie, du Ministre de l'Equipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer, et du Secrétaire aux Transports et à la Mer. Vous consulterez également les agences nationales de régulation et travaillerez en étroite liaison avec le SGCI.

En vous remerciant et en souhaitant le plein succès de la mission qui vous est confiée, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mon entière considération.

Noëlle LENOIR

Monsieur Christian STOFFAËS
Président d'Initiative pour des Services
d'Utilité Publique en Europe

69-71, rue de Miromesnil
BP 426
75008 Paris

COMPOSITION DU GROUPE DE RÉFLEXION

Président :

- Christian Stoffaës, Président d'Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe (ISUPE) ;

Membres :

- Jean-Michel Charpin, Directeur général de l'INSEE ;
- Elie Cohen, Directeur de Recherche au CNRS ;
- Jean-Michel Hubert, Vice-Président du Conseil Général des Technologies de l'Information (ministère de L'Economie, des Finances et de l'Industrie) ;
- Pierre-Alain Jeanneney, Avocat ;
- Claude Lazarus, Avocat.

Rapporteurs :

- Christophe Lemaire, Chargé de mission à la Direction des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères ;
- Léa Rodrigue, Chargée d'études au groupe Initiative pour des Services d'Utilité Publique en Europe (ISUPE) ;

INTRODUCTION

DE LA DÉRÉGULATION EN EUROPE A LA RÉGULATION EUROPÉENNE

1) Les réseaux : des marchés réglementés

Les industries de réseaux en Europe ont été profondément transformées par l'ouverture de leurs marchés sous l'effet de l'application du droit communautaire.

Les activités économiques supportées par les infrastructures en réseaux – telles que les services de transport, la fourniture d'énergie électrique et d'hydrocarbures, les envois postaux, les communications électroniques, – sont porteuses d'intérêts stratégiques et sociaux. Elles constituent les bases du fonctionnement de l'économie et de la société. Elles utilisent des ressources rares et ont une emprise sur l'espace public. Les services rendus par les réseaux d'infrastructures recourent pour une bonne part ce que l'on appelle en France les services publics marchands – dits encore « services publics industriels et commerciaux » – ou encore « *public utilities* » en anglais, ou « services d'intérêt économique général » en droit communautaire.

Investies de missions d'intérêt général, utilisant des infrastructures constituant fréquemment des monopoles naturels susceptibles d'entraîner des abus de position dominante nuisibles aux consommateurs et au bon fonctionnement des marchés, ces activités économiques sont régies par des règles particulières, telles qu'obligations de service public, octroi de droits exclusifs, statuts d'entreprises ou d'agences publiques. Dans certains pays, comme la France, elles ont été fréquemment nationalisées et gérées par des monopoles publics.

2) La dérégulation

Le Traité CE, dans son article 86 (ex-article 90), soumet ces activités économiques aux règles de concurrence dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de leur mission, en droit ou en fait. Si cette disposition figurait déjà dans le traité de Rome en 1957, ces activités ont toutefois été durablement tenues à l'écart de l'application des règles de libre circulation et de concurrence.

L'ouverture à la concurrence de ces secteurs, entreprise depuis la conclusion de l'Acte unique européen de 1985, a posé le double principe de l'application des règles du Marché intérieur aux secteurs qui en avaient été abrités et de l'adoption des textes à la majorité qualifiée conférant ainsi à la Commission un vaste pouvoir pour agir. Ces dispositions, traduites dans des règlements européens et des directives transposées en droit national par les Etats membres, ont entraîné un bouleversement de l'organisation et de la gestion de ces secteurs.

Ce mouvement, qui a affecté bien d'autres régions dans le monde dans le contexte général de la mondialisation et de la libéralisation de l'économie, est généralement dénommé dérégulation, terme transposé de l'anglais –ou plus précisément de l'américain– et imparfaitement traduit par dérèglementation.

Or, lorsque sont abrogés des régimes instituant des droits exclusifs, lorsque sont dé-intégrés des monopoles verticaux, lorsque sont soumis à la concurrence et privatisés des anciens monopoles publics, il devient nécessaire d'édicter des réglementations nouvelles, volumineuses et complexes, pour fixer les règles du jeu, pour susciter la concurrence, pour encourager les nouveaux entrants face à l'opérateur historique, pour faire respecter les règles du service public.

Il est, le plus souvent, nécessaire aussi de créer des institutions nouvelles, les autorités de régulation, pour faire appliquer ces règles. Ces autorités, investies de pouvoirs normatifs et exécutifs, sont établies en substitution ou en complément des ministères et des administrations traditionnelles chargés de la réglementation du secteur et de la tutelle administrative des entreprises ou établissements publics concernés.

Si l'octroi d'un monopole d'Etat et la compétence de tutelle d'un ministère se définissent généralement par des dispositions concises, la régulation d'un secteur ouvert à la concurrence exige quant à elle des volumes de textes normatifs et des jurisprudences complexes et évolutives. Par la dérégulation on régleme donc si ce n'est davantage, à tout le moins différemment.

La dérégulation n'est donc en rien une déréglementation. Démonopolisation, libéralisation, ou ouverture des marchés sont les concepts pertinents. Ce qu'on appelle la dérégulation est donc en réalité une re-régulation.

Il s'agit, d'une part, de substituer un régime de libertés économiques –liberté d'établissement, liberté d'entreprise, liberté des contrats, liberté du commerce, liberté des prix– à un régime d'exclusivité et de contraintes. Afin de susciter la concurrence dans un secteur antérieurement monopolisé, la nouvelle réglementation impose parfois la dé-intégration verticale, en particulier la séparation des entités chargées de gérer l'infrastructure et de rendre le service, avec des dispositions pour assurer l'accès des tiers à l'infrastructure (*open network provision, third party access*). Dans certains cas, le législateur va plus loin et impose la fragmentation du secteur, à la fois verticale et horizontale, de façon à susciter une pluralité d'acteurs économiques pour constituer un véritable marché concurrentiel.

Il s'agit, d'autre part, de mettre en place un système d'application et de contrôle des règles offrant aux parties prenantes des garanties de neutralité, d'impartialité et de transparence dans le cadre de procédures de nature quasi-juridictionnelle – appels d'offres, auditions des parties, règle du contradictoire, collégialité des décisions – en substitution des procédures administratives traditionnelles.

3) La régulation

Les dispositions communautaires relatives à la libéralisation des secteurs de réseaux ont donc fait apparaître, dans chaque Etat membre, une fonction de régulation. Bien que le degré d'avancement de la libéralisation soit variable selon les secteurs et les Etats membres, il existe désormais en Europe un – ou des – modèles communs d'organisation et de régulation des secteurs de réseaux : ouverture à la concurrence de services précédemment exploités par des monopoles publics ; arrivée de nouveaux entrants sur le marché ; distinction, voire séparation juridique, de

l'infrastructure et des services ; privatisation partielle ou totale des entreprises ou établissements publics ; création d'autorités indépendantes de régulation ; prise en compte, plus ou moins large, des objectifs d'intérêt général.

La notion de régulation ne renvoie à aucune définition précise du droit positif français. Sa vogue actuelle, en dépit des incertitudes de définition, est liée à trois facteurs conjugués : d'une part, l'influence de la littérature anglo-saxonne ; d'autre part, la banalisation de la notion par le droit communautaire ; enfin, l'émergence des autorités administratives indépendantes. Il est donc important de fixer les termes.

Pour les économistes, la régulation désigne « *l'ensemble des mécanismes palliant les déficiences du marché qu'engendrent les effets des monopoles naturels, l'existence de biens publics, la présence d'externalités et la persistance d'asymétries d'information* »¹. Elle 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 (*market failures*) du point de vue de l'intérêt public (*public interest*). C'est du reste en ce sens que le terme s'est développé aux Etats-Unis – pays de référence du concept de régulation – puisqu'il désigne l'intervention des autorités publiques –notamment fédérales– dans le contrôle de certaines activités économiques, apparue dès la fin du XIX^{ème} siècle.

En revanche, la doctrine juridique n'a pas encore dégagé de définition unique de la notion de régulation. Si les définitions proposées s'articulent toutes autour des rapports entre l'Etat et l'économie, aucune ne fait consensus². L'objet du présent rapport n'est pas de prendre position dans ces débats qui animent la doctrine française depuis maintenant une quinzaine d'années. Toutefois, pour appréhender notre sujet, il importe de retenir une définition de ce qu'est la régulation. A cet égard, le groupe a décidé de retenir une définition, certes de façon quelque peu arbitraire, mais avec l'objectif d'offrir la plus grande lisibilité à ce rapport.

Cette définition, adoptée par ailleurs par plusieurs auteurs³, est la suivante : « *La régulation est la tâche qui consiste à assurer entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre*

¹ Stoffaës (dir.), *Services publics comparés en Europe exception française, exigence européenne*, travaux des élèves de l'ENA (promotion Marc Bloch), 2 tomes, La Documentation française, 1997, P. 535

² Pour une illustration des débats actuels sur ces questions, voir M.-A. Frison-Roche, «Le droit de la régulation», Dalloz 2001, chron. 7, pp. 610-616 et L. Boy, « Réflexions sur 'le droit de la régulation' (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », Dalloz 2001, chron. 37, pp. 3031-3038.

³ Stéphane Rodrigues, *précité*, p. 222 ; Aurore Lager-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux – Télécommunications et électricité*, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 9. Cette idée de complémentarité entre la régulation et la réglementation se retrouve dans le discours des régulateurs : ainsi, Jean-Michel Hubert lors d'une intervention au colloque des régulateurs sur le développement (UIT – Genève – 20 novembre 2000 : « *La langue française présente, dans ce domaine, un net avantage sur l'anglais. Là où l'anglais ne connaît que le seul terme de « regulation », [la langue française] distingue la réglementation (« law making process » en anglais) de la régulation, c'est-à-dire l'application des règles (ce qu'on pourrait traduire par « implementation » ou « fine tuning of the market »). Dans un marché libéralisé, il est utile de distinguer les deux concepts, car s'il appartient aux organes de l'Etat – Gouvernement ou Parlement – d'édicter les normes de fonctionnement du marché, dans le souci de protéger les droits du consommateur et du citoyen et le libre exercice d'activités commerciales, il y a nécessité à confier la mise en oeuvre de ces normes à une institution distincte dont l'impartialité doit par ailleurs être incontestable. (...) Dans une économie régulée, il y a complémentarité entre la réglementation et la régulation. L'une exprime les objectifs et les orientations de l'action publique, l'autre les*

voulu par la loi. Elle implique dans une certaine mesure ce qu'on appelle aujourd'hui une vision « systémique » de la société et de ses rapports avec l'Etat. Autrement dit l'idée que le rôle de celui-ci est moins de commander directement aux acteurs sociaux, que d'établir entre eux des règles du jeu et de veiller à ce qu'elles soient respectées. (...) [La régulation désigne] l'activité intermédiaire entre la définition de la politique, qui revient au gouvernement et au Parlement, la gestion entrepreneuriale qui relève des opérateurs économiques »⁴.

Pour les services d'intérêt économique général – notion qui recoupe partiellement les industries de réseaux et les *public utilities* – la régulation se distingue donc de la réglementation, qui désigne le cadre des normes juridiques régissant le fonctionnement d'un marché ou d'un secteur d'activités économiques, et de la tutelle administrative, qui désigne la relation de contrôle établie entre l'autorité publique exécutive – ministre, administration – et l'entreprise publique. En outre, la régulation s'exerce *ex ante*, alors que l'application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles intervient *ex post*.

Les réseaux constituent le secteur d'application privilégié de la régulation, parce que le poids du capital fixe des infrastructures engendre de puissants rendements croissants, ce qui est le propre des monopoles naturels. Le jeu de la concurrence peut conduire à l'absorption des opérateurs de taille inférieure par les plus importants et à des concentrations à caractère monopolistique. Dès lors, la concurrence a besoin d'être surveillée avec une vigilance particulière, y compris par le contrôle des concentrations, afin de prévenir ou de réprimer les abus de position dominante ou même simplement pour prévenir la création ou le renforcement de ces positions dominantes. Dans ces secteurs où existent des monopoles naturels, la régulation vise notamment à prévenir les abus de position dominante, à maintenir la concurrence et à faire une place aux nouveaux entrants. Dans ce but, la régulation doit garantir aux utilisateurs un droit d'accès aux infrastructures (qui constituent le plus souvent des « *essential facilities* »), contrôler les tarifs et conditions d'accès, protéger les nouveaux entrants pendant une période transitoire ou de manière pérenne et éviter les discriminations et les subventions croisées en imposant le plus souvent une séparation entre les entités chargées de gérer les infrastructures et de rendre le service.

La régulation a aussi pour objet de garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt économique général autres que le jeu équitable de la concurrence : par exemple l'accès de l'ensemble des usagers à un service considéré comme essentiel à des conditions abordables (service universel dans les services postaux et les télécommunications, dans l'électricité, dans le transport des personnes) ; par exemple encore, la sécurité technique et la protection de l'environnement, la continuité du service et la sécurité des approvisionnements.

La régulation a donc pour fonction de concilier des finalités qui peuvent être contradictoires et de rechercher un équilibre entre la concurrence et d'autres impératifs, et en particulier ceux de service public.

met en oeuvre, en veillant à s'inscrire en permanence dans l'action globale des pourvois publics, c'est-à-dire, la recherche de l'intérêt général ».

⁴ Y. Cannac et F. Gazier, « *Etudes sur les autorités administratives indépendantes* », in E.D.C.E. 1983/1984 n° 35, p. 7.

Les instruments de la régulation sont nombreux et variés, comprenant aussi bien la création de normes générales, qui relèvent du pouvoir réglementaire, que des décisions de portée individuelle. Ils peuvent porter notamment sur le contrôle des tarifs pour la consommation finale, le contrôle des tarifs d'accès pour les tiers utilisateurs, l'octroi de concessions ou de licences, les autorisations d'utilisation de ressources rares ou de biens publics, la gestion de fonds liés aux missions de service public, le traitement des litiges et des arbitrages, les sanctions pour non-respect des règles.

Pour une partie de la doctrine, la régulation constitue une fonction à caractère temporaire, à savoir la gestion de la transition entre le monopole et la concurrence. Ainsi, lorsque la concurrence est établie, il n'y aurait plus besoin de régulation : les règles générales de l'économie de marché sont appelées à prendre le relais. Pour d'autres, en revanche, la régulation est une fonction permanente car, dans les secteurs de monopole naturel, la tendance à la cartellisation et à la monopolisation doit faire l'objet d'une surveillance et d'un contrôle continu. La « concurrence durable »⁵ suppose donc la régulation. Tel est bien l'objet de la présente réflexion : si les règles générales du marché européen ne sont pas suffisantes, une fonction de régulation à l'échelle européenne peut être nécessaire dès lors qu'elle est favorable à la compétitivité de l'Europe.

4) Les services d'intérêt économique général

Parallèlement au mouvement de libéralisation, le droit communautaire a commencé de prendre en compte une notion d'intérêt économique général européen. Des arrêts de la Cour de justice (notamment les arrêts *Corbeau*⁶, *Almelo*⁷ et ceux relatifs aux monopoles d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz de 1997⁸) ont précisé le sens et la portée de dispositions du Traité relatives aux services d'intérêt économique général et ont permis une première conciliation entre la concurrence et les impératifs d'intérêt général. Les communications interprétatives de septembre 1996 et de septembre 2000 ont précisé la démarche de la Commission. L'article 16 du Traité CE adopté en 1997 à Amsterdam et l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 à Nice ont posé des bases à valeur constitutionnelle. Le « service public » n'est donc plus regardé, comme il avait pu l'être aux origines du Marché unique, comme un « abus automatique ». Il n'est plus considéré comme une concession, de plus en plus restrictive, à la subsidiarité nationale. Il fait partie désormais à part entière des objectifs de l'Union.

Enfin, le droit positif a commencé de faire apparaître des éléments communs susceptibles de servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt économique général, malgré la diversité des régimes et des pratiques rencontrées dans les Etats membres. Les textes de droit dérivé, règlements et directives, adoptés dans les secteurs concernés ont mis en évidence des principes communs et des obligations particulières : service universel, accès à des tarifs abordables, continuité du service, qualité du service, protection des utilisateurs et des consommateurs, sûreté et sécurité, sécurité d'approvisionnement, accès aux réseaux et interconnexions transfrontalières. Le Livre Vert sur les services d'intérêt général en Europe, adopté par la Commission en mai 2003, a établi un recensement systématique de ces références, constituant

⁵ Selon une expression appliquée au secteur des télécommunications par Jean-Michel Hubert.

⁶ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec. I*-p. 2533.

⁷ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, *Rec. I* p. 1477.

⁸ Voir notamment, CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, aff. C-159/94, *Rec. p.* 1477.

en quelque sorte l'amorce d'une codification de la définition communautaire des services d'intérêt économique général.

Ces principes communs ne constituent encore que des éléments épars et quelque peu hétérogènes, mais ils prennent une force croissante. Ainsi, l'article III.3 du projet de Constitution, adopté par la Convention sur l'avenir de l'Europe le 10 juillet 2003, dispose que la loi européenne définira les principes et les conditions permettant d'accomplir les missions des services d'intérêt économique général. Dès lors que les préoccupations d'intérêt économique général ne sont plus laissées à la seule appréciation des Etats membres mais qu'elles font désormais partie des principes communautaires, elles doivent être conciliées avec les règles de concurrence qui font, quant à elles, partie de longue date de la compétence de l'Union européenne. Alors que la compétence exécutive dans ce domaine et l'action des autorités de régulation relèvent des Etats membres, la Commission dispose d'une compétence exécutive forte dans le domaine de l'application des règles de concurrence. Enfin, le fait que la régulation relève des Etats membres pose des problèmes d'harmonisation, continue de maintenir des barrières aux échanges et aux flux transfrontaliers. Or, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de compétence de régulation communautaire. Pour pallier cette déficience et répondre aux besoins concrets qui se manifestent, des formes de coopération et de coordination se sont mises en place. Un système complexe s'est mis en place, qu'il faut aujourd'hui chercher à rationaliser. Pour que le marché unique fonctionne correctement dans les secteurs de réseaux, la question se pose d'une fonction exécutive communautaire et des formes à lui conférer.

La particularité de la régulation des réseaux au niveau européen est l'articulation entre des règles qui sont principalement communautaires (Traité, directives et règlements sectoriels) et des autorités de régulation qui sont principalement nationales. Ce décalage conduit à l'émergence de formes de coopération à l'échelle européenne. Sur certaines questions le stade de la coopération a été dépassé puisque des agences ont été mises en place. Ces différents mouvements caractérisent actuellement les approches de la régulation à l'échelle du marché européen (I). Dans ces conditions, deux questions se posent.

La première est celle de l'utilité d'une fonction communautaire de régulation des secteurs concernés. Il convient en effet de rechercher si l'établissement au niveau communautaire d'une telle fonction est utile et souhaitable (II).

La seconde question conduit à s'interroger sur les formes institutionnelles d'une régulation communautaire ; dans ce cadre, une attention particulière doit être portée aux situations dans lesquelles la création d'autorités sectorielles européennes serait pertinente (III).

I – LES APPROCHES DE LA RÉGULATION A L'ÉCHELLE EUROPÉENNE

Les systèmes de régulation mis en place par les Etats membres interviennent sur des marchés nationaux, qui tendent à devenir de plus en plus européens sous l'effet de la réalisation du Marché intérieur. Les décisions des régulateurs nationaux, qui ont pour mission d'appliquer et de faire respecter un même corpus législatif communautaire sur leurs marchés nationaux, ont des répercussions sur les échanges transfrontières⁹.

Ce développement du Marché intérieur communautaire a donc conduit les gouvernements et les régulateurs nationaux à favoriser une coopération entre eux (I.2), voire à s'interroger sur la mise en place d'agences européennes (I.3). Pour s'inscrire dans le débat actuel, l'analyse des formes traditionnelles de la coopération internationale dans les réseaux permet de mieux comprendre les enjeux et les potentialités d'une coopération transfrontière (I.1).

I.1 – Les formes traditionnelles de la coopération internationale dans les réseaux

Les enjeux actuels de la coopération entre régulateurs sont utilement éclairés par une mise en perspective historique de la coopération internationale qui s'est établie depuis que les grands réseaux ont pris une dimension internationale.

Un réseau se caractérise par l'emprise territoriale sur laquelle son infrastructure offre un service intégré et homogène. Il présente un caractère stratégique : son contrôle fait partie de la souveraineté, ses relations internationales relèvent des relations diplomatiques. Entre réseaux établis sur des territoires géographiques distincts, le besoin d'une coordination internationale s'impose comme une nécessité intrinsèque dès lors qu'il est souhaité que des échanges s'établissent entre eux.

La coopération internationale dans les industries de réseaux s'est donc développée de longue date, à mesure que les échanges internationaux faisaient apparaître des besoins d'interopérabilité et de coordination pour la prise en charge, les horaires, les tarifs, et ce afin d'assurer des services efficaces et sans solution de continuité aux frontières.

Cette coopération forme aujourd'hui un ensemble complexe et hétérogène, couvrant des espaces régionaux divers, même si la création de l'Organisation des Nations Unies, en rangeant sous l'égide de l'ONU un certain nombre d'organes sectoriels spécialisés, a introduit entre elles une harmonisation et une coordination minimales.

Dans la poste, le télégraphe, le chemin de fer, les organisations internationales sont plus que centenaires. Beaucoup de ces organisations ont été créées dès le XIX^{ème} siècle, en application de traités ou de conventions internationales. Leur rôle a souvent été rénové au XX^{ème} en raison des évolutions techniques, tandis que des organisations similaires étaient créées dans les réseaux fondés sur les technologies plus modernes : l'électricité, l'aviation, le gaz naturel, les satellites.

⁹ Livre Vert sur « *Les services d'intérêt général* » du 21 mai 2003, COM (2003) 270 final, p. 53, §53.

Certaines organisations rassemblent les gouvernements, d'autres les opérateurs, d'autres encore les gouvernements avec les opérateurs. Lorsque les exploitants des réseaux n'étaient pas des services d'Etat, il s'est généralement créé, en parallèle aux organisations intergouvernementales, des associations internationales d'exploitants travaillant en liaison avec l'organisation intergouvernementale correspondante.

Chaque secteur de réseau a ainsi établi une ou plusieurs organisations, à vocation de coopération générale ou spécialisées par domaine technique ou économique. Ainsi, par exemple, dans les réseaux ferroviaires, on compte depuis 1890 de très nombreuses organisations¹⁰, de l'Union Internationales des Chemins de Fer (UIC, 1922) à la Communauté européenne du Rail (CER).

Le nombre des pays participant à ces organisations est variable, selon la maille des réseaux et selon l'intensité des échanges transfrontaliers. Certaines organisations sont mondiales. D'autres sont à vocation européenne ou infra-européenne, et peuvent même regrouper des pays européens n'appartenant pas à l'Union couvrant la zone géographique pertinente (l'Espace économique européen) de ces activités¹¹.

Certains secteurs de réseaux à maille globale - c'est-à-dire où les échanges transcontinentaux représentent une part appréciable de l'activité - se sont dotés d'organisations à vocation mondiale. Ainsi de la poste, avec l'Union Postale Universelle (UPU), fondée en 1874 par le traité de Berne ; le transport aérien avec l'Organisation Internationale de l'Aviation Civile (OACI), fondée en 1947 par la Convention de Chicago, rassemblant les gouvernements ; l'Association Internationale de l'Aviation Civile (IATA), fondée en 1945, rassemblant les compagnies aériennes exploitant des liaisons internationales ; les télécommunications, avec l'Organisation internationale des télécommunications par satellites (Intelsat), créée en 1964, et surtout l'Union Internationale des Télécommunications, issue à son origine en 1865 de la Convention télégraphique internationale, organisation qui joue un rôle majeur à l'échelle mondiale, disposant de sept organismes, dont des structures opérationnelles permanentes¹².

Ces organisations à vocation mondiale ont été intégrées au système des agences spécialisées de l'ONU au lendemain de la deuxième guerre mondiale qui a pu, ainsi, assurer une coordination minimale.

Les coopérations régionales, en premier lieu la maille d'organisation européenne ont vu leur rôle se renforcer au cours de ces dernières années.

¹⁰ L'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires, fondée en 1890 ; le Comité international des transports ferroviaires, fondé en 1902 ; la Conférence internationale pour l'unité technique des chemins de fer, fondée en 1882 ; l'Union Internationale des Chemins de Fer (UIC), fondée en 1922 ; la Conférence européenne des horaires marchandises, fondée en 1872 ; la Conférence européenne des horaires voyageurs, fondée en 1924 ; la Communauté d'exploitation des wagons Europe, fondée en 1953, etc. La Communauté européenne du rail (CER) a une vocation centrée sur l'Europe.

¹¹ Ainsi l'UNIPED, l'organisation des producteurs et distributeurs d'électricité, qui bien qu'à base principalement européenne rassemblait aussi d'autres pays voisins de l'Europe.

¹² Le Bureau International des Fréquences, le Comité Consultatif International Télégraphique et Téléphonique (CCITT), le Comité Consultatif International des Radiocommunications (CCIR).

Les réseaux électriques et gaziers présentent la caractéristique de ne pas être couverts par une convention internationale. La raison en est probablement que, même si ces secteurs sont anciens, le trafic international y est demeuré longtemps très réduit, ne faisant pas apparaître de besoin d'harmonisation internationale. L'industrie gazière fonctionnait sur des réseaux d'emprise locale, structurés autour des usines à gaz. Le développement du gaz naturel en a fait au contraire, depuis une quarantaine d'années, une industrie fortement internationalisée, structurée autour des réseaux de gazoducs à longue distance. De même, ce n'est que récemment que se sont développés les échanges d'électricité entre pays limitrophes.

L'absence d'organisation intergouvernementale n'a pas empêché les opérateurs de constituer des organisations internationales jouant un rôle de concertation ou de coordination technique. Avec l'intégration croissante du marché européen et l'ouverture des réseaux à la concurrence, la création d'organisations à vocation européenne s'est multipliée pour rassembler les opérateurs, avec notamment pour finalité la représentation auprès des autorités communautaires. Ainsi, dans le secteur électrique, EURELECTRIC a été fondée en 1990, pour être ensuite fusionnée avec l'Union internationale des producteurs et distributeurs d'énergie électrique (UNIPED), fondée en 1925 ; l'Union Internationale de l'industrie du gaz, fondée en 1931 a été complétée par l'Union des industries gazières du Marché commun (Marcogaz) fondée en 1968, Eurogaz. Plus récemment les transporteurs d'énergie, désormais distingués des opérateurs de production et de distribution, ont créé leurs propres organisations, GTE et ETSO.

La Conférence européenne des administrations des Postes et Télécommunications (CEPT), chargée depuis 1959 d'instaurer une coopération européenne dans le domaine des postes et télécommunications, a quant à elle une vocation centrée sur l'Europe.

Cette présentation succincte de la coopération internationale constitue un éclairage utile pour analyser le cheminement actuel de la coopération au niveau européen.

I.2 – Les formes de coopération institutionnelles existant au niveau européen

La Communauté européenne exerce une influence et un rôle croissants dans l'organisation des réseaux. Ce rôle et cette influence s'expliquent essentiellement par l'intégration croissante des économies nationales, la réalisation du Marché intérieur et la mise en place de nouveaux systèmes de régulation au niveau national. Ainsi, l'édifice traditionnel hérité de l'histoire s'est trouvé profondément modifié. Ces changements ont suscité la création de nouvelles organisations de coopération entre opérateurs, centrées sur l'Europe, à la fois pour répondre à l'intensification des échanges au sein du marché européen et pour répondre au besoin d'unicité dans la représentation et le dialogue avec les autorités communautaires.

Dans ces conditions, et en réponse aux besoins pratiques de coordination apparus ces dernières années, la Commission a de son côté pris l'initiative de susciter, en les encadrant, des groupements d'acteurs afin, d'une part, de disposer d'instruments de coordination et d'influence pour expliquer et relayer la politique de l'Union européenne et, d'autre part, de constituer des réservoirs d'expertise pour l'assister, voire pour pallier l'insuffisance technique de ses propres

capacités. Au cours de ces dernières années, un foisonnement d'initiatives et de dispositions organisationnelles sont ainsi intervenues, qui dessinent un panorama complexe que les autorités communautaires tentent d'harmoniser.

Il est possible de dresser une typologie de ces formes de coopération institutionnelles qui se développent au niveau européen, en distinguant les trois catégories suivantes :

- les associations entre opérateurs d'un secteur : à caractère souvent informel, elles sont parfois dotées d'un caractère consultatif formel auprès de la Commission ;
- des groupements de régulateurs nationaux, éventuellement institutionnalisés par la Commission ou par le législateur communautaire ;
- des comités de représentants des Etats membres auprès de la Commission (comitologie).

A) Les associations regroupant les opérateurs d'un secteur

Anciennement établies, les associations d'opérateurs ont été amenées à se restructurer pour prendre en compte la puissante dimension du Marché intérieur européen et pour dialoguer avec les autorités communautaires afin d'assurer plus efficacement des activités de *lobbying*, qui requièrent l'unicité des prises de position et de la représentation.

Elles l'ont fait soit de manière spontanée¹³, soit à la demande de la Commission ou de forums ou de regroupements suscités par elle¹⁴.

Le secteur de l'énergie constitue un exemple complet du développement et du rôle de ces associations, avec l'existence d'associations d'opérateurs tant horizontales (A-1), que verticales (A-2).

A-1) Une approche verticale : les forums du secteur de l'énergie

Une forme originale de coordination et de coopération a été mise en place dans les domaines de l'électricité et du gaz.

Deux organismes - le Forum de Madrid et le Forum de Florence - ont été créés à l'initiative de la Commission en 1998 pour permettre à l'ensemble des parties de se rencontrer dans un cadre européen et de parvenir à des convergences sur des questions concernant les transactions transfrontalières dans les secteurs du gaz et de l'électricité. Ces deux forums sont présidés par la Commission. Leur composition va en réalité au-delà des simples opérateurs, puisque la plupart des entités intervenant dans ces secteurs sont présentes. En effet, ils rassemblent les autorités nationales de régulation du secteur de l'énergie et les représentants des Etats membres, des opérateurs et des consommateurs, se réunissant deux fois par an.

Les résolutions arrêtées au sein des forums n'ont pas de caractère contraignant. Les autorités de régulation nationales peuvent, si elles le souhaitent, les faire appliquer au niveau national. La

¹³ Ainsi l'UNIPEDE, devenue EURELECTRIC, l'UCPTE, devenue l'UPE.

¹⁴ Ainsi EFET, regroupant les *traders* du marché de l'énergie.

Commission, de son côté, peut éventuellement s'en inspirer pour faire évoluer la législation communautaire.

Les principaux points de débats concernent la tarification des échanges transfrontaliers¹⁵, l'harmonisation des tarifs¹⁶ et la mise en place d'éléments de gestion des congestions¹⁷. Ces institutions semblent déjà montrer des signes d'essoufflement, en particulier parce qu'elles embrassent tous les acteurs du secteur et donc toutes les contradictions.

Les limites de cette formule sont ainsi apparues lorsqu'il s'est agi de prendre des décisions sur des questions controversées. La recherche du consensus trouve rapidement ses limites face à des enjeux sensibles. Des dissensions sont par exemple apparues sur la fixation des tarifs d'accès aux échanges transfrontalier ainsi que sur les conditions d'accès en situation d'insuffisances de capacités. C'est pourquoi la Commission a présenté, en mars 2001, une proposition de règlement relatif aux échanges transfrontaliers d'électricité, adoptée le 26 juin 2003, et instituant notamment un Comité de l'électricité pour traiter des questions examinées dans le cadre du forum de Florence¹⁸.

A-2) Une approche horizontale : les associations d'opérateurs spécialisés

Parmi les associations regroupant les opérateurs d'un secteur, on recense un certain nombre d'associations d'opérateurs intervenant au même niveau du processus économique. Il s'agit donc d'une approche horizontale. Ainsi, ont vu le jour des associations regroupant des producteurs, des traders ou encore des opérateurs de réseaux de transport de gaz et d'électricité. Cette dernière catégorie d'opérateurs, qui joue un rôle particulièrement important dans le cadre de l'ouverture des marchés, illustrera notre propos.

Dans le secteur du gaz naturel, **Gas Transmission Europe (GTE)** a été établie en 2000 à la demande de la Commission et du Forum de Madrid. Cette organisation réunit les transporteurs de gaz naturel, y compris les branches transport des groupes gaziers intégrés. Elle a mis en place des groupes de travail portant sur les tarifs de transport, la capacité et la gestion des congestions, l'interopérabilité, la sécurité d'approvisionnement et le gaz naturel liquéfié.

Dans le secteur électrique, **European Transmission System Operators (ETSO)** a été établie, également en 2000, à la demande de la Commission et du Forum de Florence. Cette organisation rassemble les transporteurs d'électricité à haute tension, y compris les branches transport des groupes électriques intégrés. ETSO coexiste avec l'UPTE, association qui a succédé à l'Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Electricité, fondée en 1951, qui elle-même coexiste avec des associations à maille infra-européenne telles que Nordel, Centrel, Sudel, l'UFIPTE franco-ibérique.

¹⁵ En 2002, puis en 2003, un tarif des échanges entre pays a été mis en place. Il consiste à utiliser un mécanisme de compensation entre GRD plutôt que d'un prélèvement sur les échanges à chaque frontière.

¹⁶ Un effort d'harmonisation des conditions d'accès au réseau et des mécanismes de prix est engagé, mais reste embryonnaire.

¹⁷ Les travaux et résultats de ces forums sont disponibles sur le site Internet de la Commission européenne.

¹⁸ Règlement CE n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, *sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité*, J.O.C.E. L. 176/1 du 15 juillet 2003, et notamment l'article 13.

B) Les associations regroupant les autorités de régulation nationales

Les autorités de régulation nationales se regroupent selon les secteurs soit au sein d'associations informelles (B-1), soit au sein d'associations institutionnalisées par la Commission ou le législateur communautaire (B-2). Cependant, les régulateurs nationaux ne sont pas nécessairement les participants exclusifs de ces groupes, notamment en cas d'inexistence d'autorités de régulation dans certains Etats membres.

B-1) Les associations informelles

En dehors de toute organisation institutionnelle formalisée, les régulateurs nationaux de certains secteurs ont convenu de se réunir régulièrement afin d'élaborer des stratégies communes.

Cependant, ces associations de régulateurs nationaux sont généralement dépourvues de personnalité morale et leurs décisions n'ont pas de portée contraignante. Des autorités des pays tiers, souvent membres de l'Espace économique européen, y sont fréquemment associées. Ces formes d'associations se retrouvent dans le secteur de l'énergie, dans le secteur postal ou des télécommunications.

- **Le Conseil des autorités réglementaires européennes dans les domaines de l'énergie (CEER)**¹⁹. En parallèle aux forums de l'énergie, de leur propre initiative, les régulateurs nationaux des secteurs du gaz et de l'électricité ont créé le Conseil des régulateurs européens de l'énergie, en mars 2000. Le protocole d'accord sur lequel repose ce conseil se fixe clairement comme objectifs « *d'établir un cadre de discussion sur les questions réglementaires et d'échanges d'expériences* » et de « *fournir les éléments nécessaires à l'élaboration de la réglementation dans les domaines de l'électricité et du gaz* ». Début juin 2003, ce Conseil est devenu une personne morale, par le biais du statut d'association de droit belge. Il assure un dialogue avec la direction générale de l'énergie et des transports de la Commission (DGTREN). Le CEER centre ses travaux sur les échanges internationaux et participe aux forums de Florence et de Madrid. Il dialogue avec les autorités réglementaires des pays nouvellement adhérents à l'Union européenne ainsi qu'avec celles des Etats-Unis et du Canada.

- **Le Comité européen de réglementation postale (CERP)** rassemble les autorités réglementaires des services postaux des pays membres de la Conférence européenne des administrateurs des postes et des télécommunications (CEPT) qui regroupe l'Union européenne, ainsi que celles de l'AELE (dont la Suisse), de la Fédération de Russie et de certains pays balkaniques. Le CERP établit une concertation entre ses membres sur les questions réglementaires et opérationnelles et formule des propositions et des recommandations d'harmonisation.

¹⁹ Ou *Council of European Energy Regulators*, mis en place en mars 2000 par les régulateurs nationaux. Il faut noter que l'Allemagne n'est pas représentée au CEER du fait de l'absence de régulateur indépendant. La décision a toutefois été prise de créer un régulateur indépendant d'ici juillet 2004. Le CEER réunit 14 régulateurs de l'Union européenne, ainsi que celui de la Norvège, membre de l'Espace économique européen.

- **Le Groupe des régulateurs indépendants (GRI) dans le secteur des télécommunications** a été créé en 1997 pour permettre aux autorités nationales de régulation des télécommunications de l'AELE et de l'Union européenne d'échanger leurs expériences et débattre en matière de régulation et de développement du marché européen des télécommunications.

B-2) Les associations institutionnalisées par la Commission ou le législateur communautaire

Plus récemment, des groupes d'autorités de régulation se sont constitués sous l'égide de la Commission afin de renforcer et d'institutionnaliser la coopération. Trois secteurs sont déjà concernés : les secteurs des télécommunications, de l'électricité et des valeurs mobilières.

Contrairement aux comités de comitologie qui rassemblent des experts désignés par les gouvernements, ces groupes sont composés des autorités nationales de régulation du secteur concerné. Ce mode de coopération a par exemple été examiné dans le «Rapport Lamfalussy» relatif au processus législatif et réglementaire applicable aux marchés européens des valeurs mobilières, en vue d'élaborer un système de régulation à l'échelle européenne.

Dans le secteur des **télécommunications**, un Groupe des régulateurs européens (GRE), a récemment été institué par décision de la Commission²⁰ dans le domaine des communications électroniques, pour s'ajouter au GRI, antérieurement établi à la seule initiative des régulateurs. La mission de ce groupe est de conseiller et d'assister la Commission dans la consolidation du Marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques, de servir d'interface entre les autorités réglementaires nationales et la Commission et de contribuer à l'application cohérente du cadre réglementaire dans tous les Etats membres.

Dans les secteurs **électrique et gazier**, la Commission a proposé, répondant ainsi à une demande formulée par le Parlement européen, d'instituer un groupe analogue des autorités de régulation nationales dans les secteurs du gaz et de l'électricité²¹. Cette disposition a été reprise par les directives du 26 juin 2003 sur le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel et devrait prendre forme avec une prochaine décision de la Commission²².

²⁰ Décision de la Commission du 29 juillet 2002, *J.O.C.E.* L 200 du 30 juillet 2002, p. 38.

²¹ Voir par exemple le rapport de P.M. Mombaur sur la proposition concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers (PE 322.001 du 14 mars 2003), qui rappelle l'engagement de la Commission de reconnaître un rôle formel au CEER par voie de décision, sur le modèle du GRE. Le député européen soutient aussi la reconnaissance de l'Association européenne de gestionnaire de réseau de transport d'électricité (ETSO). Il recommande enfin, en cas d'insuffisance du système actuel de régulation, « *d'envisager la mise en place d'une autorité européenne de régulation du marché de l'électricité.* »

²² Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE*, *J.O.C.E.* L 176/37 du 15 juillet 2003. Le considérant 16 précise que « *la Commission a manifesté l'intention d'instituer un groupe des organes de régulation européenne de l'électricité et du gaz qui constituerait un mécanisme consultatif adapté pour encourager la coopération et la coordination des autorités de régulations nationales, de manière à promouvoir le développement du marché intérieur de l'électricité et du gaz et à contribuer à l'application cohérente, dans tous les Etats membres* » des règles communautaires. La même disposition est reprise dans le considérant 14 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003, *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz et abrogeant la directive 98/30/CE*, *J.O.C.E.* L 176/37 du 15 juillet 2003.

Les secteurs de réseaux ne sont pas les seules activités économiques où le besoin d'une régulation européenne se manifestent par de semblables initiatives. Dans le secteur des **valeurs mobilières**, la Commission a institué le 6 juin 2001 un comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières²³. Composé de hauts représentants des autorités publiques des Etats membres compétents dans le domaine des valeurs mobilières, ce comité doit faire fonction d'organe indépendant de réflexion et de débats, qui conseille la Commission dans le domaine des valeurs mobilières, et doit également contribuer à la mise en œuvre cohérente et en temps voulu des règles communautaires dans les Etats membres.

Enfin, sans aller jusqu'à une institutionnalisation ou à la création d'associations, la Commission peut par ailleurs promouvoir la coopération entre autorités nationales de régulation. Ainsi, dans le domaine ferroviaire, la directive du 26 février 2001 « *concernant la répartition des infrastructures ferroviaires, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité* » prévoit-elle dans son article 31 que « *les organismes de contrôle nationaux échangent des informations sur leur travail et leurs principes et pratiques décisionnels afin de coordonner leurs principes décisionnels dans l'ensemble de la Communauté* », avec l'assistance de la Commission²⁴.

C) Les groupements initiés et présidés par la Commission : la comitologie

Dans de nombreux secteurs, la législation communautaire prévoit des procédures de comités en vue de préciser les modalités de mise en œuvre des règles contenues dans la législation communautaire. Conformément à un schéma commun à ces différentes procédures, la Commission 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.

Parmi les comités jouant un rôle majeur figure le COCOM dans le secteur des télécommunications. Les questions examinées sont souvent celles qui ont une importance particulière pour les transactions transfrontalières telles que la fixation de normes de qualité des services postaux transfrontaliers, ou l'interopérabilité ferroviaire. Des comités ont ainsi été institués notamment pour les communications, les services postaux, et prochainement, pour les secteurs électrique et gazier²⁵.

Il appartient aux Etats membres de déterminer leur mode de représentation au sein de ces comités, en sorte que la présence de l'autorité de régulation sectorielle n'y est pas garantie. Toutefois, dans la pratique, les Etat membres y font généralement participer ces autorités.

²³ Décision de la Commission du 6 juin 2001, *J.O.C.E.* L 191 du 13 juillet 2001, p. 43.

²⁴ Directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, *J.O.C.E.* L 75/41 du 15 mars 2001. Voir aussi dans le secteur postal l'article 7§2 de la directive-cadre relative aux communications.

²⁵ Règlement CE n° 1228/2003 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 *sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité*, *J.O.C.E.* L. 176/1 du 15 juillet 2003. L'article 13 prévoit la mise en place d'un Comité. Le Comité dans le secteur gazier est prévu quant à lui à l'article 30 de la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003, *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE*, *J.O.C.E.* L. 176/37 du 15 juillet 2003.

I.3 - Le développement des agences en Europe

Depuis quelques années l'on assiste en Europe au développement d'agences. Plus récemment, une réflexion générale s'est engagée sur ce sujet. Cette réflexion est liée à deux facteurs. Elle s'inscrit, d'une part, dans la dynamique de réforme du système européen de gouvernance souhaitée par le Président de la Commission, Romano Prodi²⁶, et lancée à l'occasion de la publication en juillet 2001 du Livre blanc sur la gouvernance européenne (A). Un mouvement similaire existe déjà dans certains Etats (B). Elle s'inscrit, d'autre part, dans le cadre de la libéralisation des réseaux mise en œuvre par l'Union européenne et révélant des besoins nouveaux en matière de régulation (C).

A. La recherche d'une meilleure gouvernance et la place des agences

Le Livre blanc sur la gouvernance européenne²⁷ a ouvert un débat sur l'amélioration de la mise en œuvre des politiques communautaires, en suggérant que les agences aient pour vocation de désencombrer la Commission de missions jugées trop techniques. On constate d'ailleurs que le mouvement de création d'agences s'accélère, non seulement dans les domaines intergouvernementaux, principalement dans le cadre du troisième pilier du TUE, mais aussi dans les domaines communautaires.

La Commission a publié par la suite une communication, en date du 11 décembre 2002, sur *L'encadrement des agences européennes de régulation*²⁸ où elle affirme la nécessité d'encadrer les conditions du recours aux agences de régulation et où elle encourage la mise en œuvre et l'exécution des règles communautaires par des organes décentralisés, ainsi que cela avait été proposé antérieurement à propos des agences d'exécution²⁹. La communication relève que le Traité CE ne prévoit pas expressément l'existence des agences et recense celles qui, depuis 1975, ont toutefois été instituées pour certaines d'entre elles sous le vocable d'agences³⁰.

Vingt agences européennes ont d'ores et déjà été créées³¹, presque toutes sur le fondement de l'article 308 CE (ex article 235)³². Les deux plus récentes ont été constituées dans un des

²⁶ SPEECH/00/41 du 15 février 2000.

²⁷ COM (2001) 428 du 25 juillet 2001 et plus précisément le Rapport du Groupe de travail 3a de F. Sauer consacré à « l'établissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle » (juin 2001), et qui précise que le terme « régulation » fait référence à l'ensemble des tâches qui contribuent à la régulation de l'espace économique et social : préparation et décision du cadre réglementaire ; préparation et décision d'actes normatifs d'application du cadre réglementaire ; contrôle de l'application du cadre réglementaire et normatif.

²⁸ Communication de la Commission sur *L'encadrement des agences européennes de régulation*, COM (2002) 718 final du 11 décembre 2002.

²⁹ Communication de la Commission en date du 13 décembre 2000 sur *L'externalisation de la gestion des programmes communautaires*, proposant un règlement du Conseil portant le statut des agences d'exécution chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires, l'article 308 TCE (ex 235) étant la base juridique, COM(2000) 788 final.

³⁰ Plusieurs expressions sont utilisées pour les désigner : Agence, Office, Fondation, Observatoire ou bien encore Centre.

³¹ Quinze ont été instituées dans le cadre du traité CE, une dans le cadre du traité Euratom et quatre dans le cadre des deuxième et troisième piliers de l'Union européenne : voir la Communication de la Commission, *L'encadrement des agences européennes de régulation*, COM (2002) 718 final.

³² « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à

domaines couverts par le présent rapport, celui des transports, sur la base juridique spécifique à la politique mise en œuvre par ces agences³³.

Les différences entre les agences existantes – pour ce qui concerne leurs structures internes, leurs relations avec les institutions, leurs tâches et leurs pouvoirs d'action – sont beaucoup plus importantes que les analogies.

Face à cet éclectisme, un effort de typologie s'imposait.

Ainsi, la Commission a identifié les contours de deux catégories d'agences – les agences d'exécution et les agences de régulation – tout en soulignant que certaines agences existantes ne relèvent pas de cette classification.

Les **agences d'exécution** sont « *chargées de tâches de simple gestion, principalement celles d'assister la Commission dans la mise en œuvre des programmes communautaires de soutien financier et sont soumises à un contrôle strict de sa part* ». A la suite de la publication de la communication de la Commission sur l'encadrement des agences, le Conseil a adopté un règlement visant à déterminer le statut général des agences exécutives, en vue de permettre la création plus aisée d'une agence de ce type chaque fois que cela s'avère approprié pour la mise en œuvre d'un programme spécifique³⁴.

Les **agences de régulation** sont définies comme celles qui sont « *chargées de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé* ».

C'est dans cette catégorie qu'apparaissent les différences les plus marquées pour ce qui concerne les structures internes – par exemple, la composition et le mode de nomination des organes de direction, les relations avec les institutions, le rôle joué par la Commission et surtout les tâches et les pouvoirs d'action de ces agences. La Commission en distingue trois types :

- les agences chargées principalement de fournir une assistance sous forme d'avis et de recommandations, qui constituent la base technique et scientifique des décisions de la Commission³⁵.
- les agences chargées principalement de fournir une assistance sous forme de rapports d'inspection, destinés à permettre à la Commission d'assurer sa mission de gardienne du respect du droit communautaire³⁶.

cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées. »

³³ Ainsi pour l'agence de la sécurité aérienne : règlement CE n° 1592/2002, JOCE L. 240 du 7 septembre 2002 ; pour l'Agence européenne de la sécurité maritime : règlement CE n° 1406/2002 du 27 juin 2002, J.O.C.E. n° L. 208 du 5 août 2002.

³⁴ Règlement (CE) n°58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, J.O.C.E. n° L.11 du 16 janvier 2003.

³⁵ Voir par exemple l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments et l'Autorité européenne pour la sécurité des aliments.

³⁶ Voir par exemple l'Agence européenne pour la sécurité maritime.

- les agences dotées du pouvoir d'adopter des décisions individuelles produisant des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers³⁷.

Cet effort de classification demeure toutefois imparfait.

La communication de la commission propose plusieurs innovations.

Il est d'abord proposé que les agences soient désormais créées dans le cadre des textes définissant la politique de l'Union auxquelles elles apportent leurs concours – sur le modèle des nouvelles agences de sécurité de transport – et non plus dans le cadre de l'article 308 CE, trop général et peu convaincant du fait même de sa généralité. Cette innovation institutionnelle, tout en maintenant le rôle exclusif de la Commission dans sa capacité de proposition, intègre le Parlement européen dans le processus, au titre de son pouvoir de co-décision (alors que, sous le régime de l'article 308 CE, son rôle était seulement consultatif). Surtout, elle renforce le pouvoir de la Commission puisque la décision du Conseil relève alors de la majorité qualifiée et non plus de l'unanimité ainsi que l'exige l'article 308 CE.

La communication propose aussi que la localisation du siège de l'agence soit spécifiée dans le texte communautaire qui l'institue, alors que, dans le régime actuel, cette décision relève de l'unanimité des gouvernements nationaux, donnant ainsi fréquemment lieu à des marchandages prolongés.

La communication propose une harmonisation et une simplification des conseils d'administration des agences, qui sont les organes investis des pouvoirs d'approbation des programmes et des budgets et de nomination des directeurs. Alors que la composition actuelle de ces conseils rassemble généralement un, voire deux, représentants par Etat membre, un représentant de la Commission et, le cas échéant, des représentants du Parlement et des acteurs économiques ou sociaux concernés, la Commission suggère une limitation à quinze membres et une augmentation du nombre de représentants de la Commission, égal à celui des Etats membres, ceux-ci étant alors représentés par rotation. Le caractère collégial du pouvoir de régulation et le nombre jugé trop élevé du collège des agences a constitué une des critiques élevées contre le système de régulation aux Etats-Unis. En réaction, les réformes du gouvernement Thatcher au Royaume Uni ont institué un régulateur unique³⁸.

S'agissant de la question essentielle de la désignation du directeur exécutif, qui relève actuellement des conseils d'administration où les représentants nationaux sont prépondérants, la communication propose, pour les agences de régulation, de le choisir elle-même, sur une liste proposée par le conseil d'administration de l'agence, et pour les agences d'exécution, d'établir une liste de noms parmi lesquels le conseil d'administration choisira.

³⁷ Voir par exemple l'Office de l'harmonisation du Marché intérieur, l'Office communautaire des variétés végétales et l'Agence européenne de la sécurité aérienne.

³⁸ A noter que des recommandations s'inspirant de ces principes, qui ont été formulés par la Commission pour l'agence alimentaire et pour l'Agence maritime ont été rejetées par les Etats membres, qui ont toutefois accepté le principe d'une rotation limitée dans le cas de l'agence alimentaire.

Enfin, la communication insiste tout particulièrement sur la nécessité du maintien de l'unité et de l'intégrité de la fonction exécutive au niveau communautaire afin que la Commission puisse assumer la responsabilité générale qui lui incombe. Elle souligne le fait qu'en aucun cas ces agences décisionnelles ne peuvent se voir attribuer « *des responsabilités pour lesquelles le Traité CE a conféré directement à la Commission le pouvoir de décision* » – en tout premier lieu la capacité à proposer l'adoption de normes communautaires de portée générale qui relève du monopole de la Commission³⁹.

Le Livre blanc sur la gouvernance avait déjà énoncé les conditions, qui sont assez restrictives, pour de telles créations institutionnelles : les agences peuvent avoir le pouvoir d'arrêter des décisions individuelles dans les domaines précisément délimités par leur mandat mais ne peuvent arrêter des réglementations de portée générale ; elles ne peuvent prendre de décisions « *dans les domaines dans lesquels elles auraient à arbitrer entre des intérêts publics concurrents ; ni exercer un pouvoir discrétionnaire de nature politique, ni entreprendre des évaluations économiques complexes ; ni se voir confier des responsabilités dans les domaines où le Traité donne un pouvoir direct de décision à la Commission* ».

Ces considérations ne sont pas simplement techniques ; elles révèlent en réalité des enjeux politiques majeurs concernant l'équilibre des pouvoirs au sein des institutions communautaires :

- entre la Commission et les Etats membres s'agissant de l'intégration communautaire des fonctions exécutives actuellement assumées par les gouvernements nationaux ;
- entre la Commission et les agences décentralisées, s'agissant de la délégation du pouvoir normatif et d'autres catégories du pouvoir de régulation à des agences indépendantes de la Commission ;
- à l'équilibre des influences respectives des Etats membres et de la Commission au sein des instances de direction de ces agences.

B – Les agences, instrument de l'efficacité administrative

Partout la modernisation de l'Etat est à l'ordre du jour. Le développement du rôle des agences est une des facettes de la « nouvelle gouvernance » publique.

Le développement des agences vise à améliorer l'efficacité de la gestion publique et à réduire son coût budgétaire en empruntant au secteur privé ses méthodes de management : séparer la conception des politiques, qui ressort du ministre et des services du ministère, de leur mise en œuvre ; mieux définir les critères d'efficacité, de la gestion et évaluer systématiquement les résultats ; responsabiliser les dirigeants en leur donnant davantage de liberté de gestion et en les jugeant sur leurs résultats⁴⁰.

³⁹ COM (2002) 718 final du 11 décembre 2002, p. 12.

⁴⁰ Malgré cet engouement général, les agences n'ont pas été exemptes de critiques : perte des valeurs du service public, démembrement de l'Etat, affaiblissement des garanties statutaires des personnels.

Ces dernières années, le mouvement s'est développé dans le but d'accroître l'efficacité de l'action administrative. La fixation des objectifs et des programmes, le contrôle et l'évaluation restent du ressort des ministères : les fonctions d'exécution opérationnelles sont déléguées à des agences administratives.

L'expérience de référence est celle de la Suède, où des « agence » existent depuis le XVIème siècle et ont été consacrées par la Constitution de 1809 et où le modèle s'est aujourd'hui généralisé à l'ensemble de l'administration.

Aux Pays-Bas, en Italie, au Royaume, au Japon, un vaste processus de réformes a conduit à la généralisation du régime des agences. Les agences néerlandaises, développées à partir de 1994, regroupent aujourd'hui près des trois-quarts des effectifs de l'administration de l'Etat. L'Italie a amorcé le mouvement également depuis une dizaine d'années, dans le cadre de la modernisation de l'Etat. Au Royaume-Uni, la réforme «Next Steps » de 1988 a profondément modifié le paysage administratif, qui est passé d'une organisation centralisée et hiérarchique à une organisation décentralisée et managériale. On compte 127 « executive agencies » employant plus des trois-quarts des effectifs de la fonction publique. Dans le cadre de mesures prises depuis 1999 visant à refondre la structure décisionnelle de l'Etat et à réduire les ministères, le Japon créé, en 2001, 57 « institutions administratives indépendantes ».

C. La question particulière des agences dans les secteurs en réseaux

S'il existe donc un «sens de l'histoire » européen, l'étape suivante des démarches exposées précédemment sur la coordination de la régulation des réseaux et sur le développement des agences est celle de la mise en place d'une véritable fonction de régulation des réseaux à l'échelle européenne et d'autorités communautaires appropriées.

Le mouvement de libéralisation des entreprises de réseaux, issu de l'adoption des premières directives relatives à la réalisation du Marché intérieur, a d'ores et déjà conduit à poser la question de la création d'institutions communautaires dotées d'une personnalité juridique autonome. Les premières réflexions ont été conduites, sans toutefois aboutir, dans les secteurs les plus précocement affectés par la libéralisation, les télécommunications et le transport aérien.

La compétence partagée entre l'Union européenne et les Etats membres pour assurer la régulation des réseaux pose la question de l'articulation des interventions communautaire et nationale. En particulier, celle de la limite des compétences : l'intervention communautaire consiste-t-elle en une simple coordination des régulations nationales ou doit-elle se substituer aux interventions nationales ? Si les premières initiatives ont été jusqu'à présent rejetées (C-1), les agences européennes nouvellement créées et chargées de la sécurité dans les transports peuvent apparaître comme une première étape vers des autorités de régulation (C-2).

C-1) Les premières initiatives

A l'occasion de sa première communication sur les services d'intérêt général en Europe du 11 septembre 1996, la Commission soulignait que : « *le degré d'intégration à l'échelle européenne*

de certains secteurs pourrait conduire à une réflexion sur les moyens d'accroître la coordination au niveau européen pour permettre le suivi de l'activité des régulateurs et des opérateurs de ces secteurs ; dans certains cas, des formes plus poussées de coopération pourraient être envisagées, comme par exemple la mise en place d'un organe réglementaire concernant le contrôle du trafic aérien »⁴¹.

Au demeurant, le thème des agences européennes a été mentionné par la Commission de façon plus précise pour certains secteurs.

Ainsi, dans le **transport aérien**, la Commission lançait l'idée en 1996 d'une agence européenne afin de réguler le trafic de l'espace aérien communautaire⁴². Le projet était de superviser et, à terme, d'encadrer la coordination mise en place par les opérateurs du transport aérien au sein d'Eurocontrol. La Commission précisait qu'une convention internationale était nécessaire pour la création de cette autorité, dans la mesure où elle concernerait aussi des pays tiers, et obtenait en conséquence du Conseil l'autorisation de négocier cette convention.

Les initiatives de la Commission se sont aussi centrées sur le **secteur des télécommunications**. En effet, dès 1994, le rapport du Commissaire Bangemann a émis l'idée d'une agence européenne de régulation des télécommunications et l'a soumise au Conseil européen⁴³. En janvier 1998, le Commissaire Bangemann ajoutait publiquement que la régulation européenne émergerait progressivement de l'harmonisation volontaire entre les réglementations nationales.

La directive de 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications estime ainsi « *souhaitable, lors de la révision de la directive, d'évaluer les arguments en faveur de l'institution d'une autorité réglementaire européenne compte tenu, entre autres, des travaux préparatoires entrepris par la Commission* »⁴⁴. Dans le rapport qu'elle était appelée à remettre sur la base de cette directive, la Commission était aussi invitée à examiner « *la valeur ajoutée de l'institution d'une autorité réglementaire européenne chargée des tâches qui s'avèreraient être mieux réalisées au niveau communautaire* ». Plus récemment encore, le Commissaire Erkki Liikanen se disait « *par principe plutôt favorable* » à la création d'une autorité de régulation européenne⁴⁵.

Dans les **transports ferroviaires**, la Commission présentait dans son Livre Blanc de juillet 1996 les options envisageables dans le domaine des transports intérieurs de voyageurs « *pour améliorer le cadre institutionnel pour le développement des futurs chemins de fer, y compris la*

⁴¹ COM (96)443, paragraphe n° 66.

⁴² Livre Blanc « *Vers un espace aérien sans frontière* », COM 596 57 final et la Communication *Définir une stratégie communautaire de renforcement de la sécurité aérienne*, SEC (96) 1083 final. A la suite de ce Livre Blanc, le Conseil Transports des 17-18 juin 1998 examinait un projet de statuts de cet embryon d'agence européenne de l'aviation civile et autorisait la Commission à négocier l'adhésion de l'UE à Eurocontrol.

⁴³ Voir la recommandation de la Commission au Conseil européen, *L'Europe et la société de l'information planétaire*, J.O.C.E. n° C 363 du 19 décembre 1994 p. 33, encouragée notamment par le monde industriel ainsi que le souligne Stéphane Rodrigues, (ouvrage précité p. 266) citant le Rapport MONOD au nom de l' *European Round Table* sur l'avenir des télécommunications de 1994.

⁴⁴ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 *relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)*, J.O.C.E. L. 199 du 26 juillet 1997, considérant 25.

⁴⁵ Voir l'interview accordée par le Commissaire européen Erkki Liikanen à la Lettre des Télécommunications n° 46.

mise en place d'une Agence européenne des chemins de fer »⁴⁶. En janvier 2002 elle proposait à nouveau de mettre en place une « Agence européenne pour la sécurité et l'interopérabilité ferroviaire », afin de trouver des solutions communes en la matière et de jouer un rôle de facilitateur entre les différentes autorités nationales compétentes⁴⁷.

La plupart de ces initiatives, qui paraissent pourtant à l'époque s'inscrire dans un processus logique, sont restées sans lendemain, faute de rassembler l'accord des parties. Les débats des Conseils des ministres où ces propositions ont été évoquées ont montré que les Etats membres restaient encore éloignés du consensus requis. Les autorités de régulation nationales, lorsqu'elles existent et qu'elles ont démontré leur utilité, comme dans les télécommunications, ne se sont pas montrées davantage favorables. Les opérateurs ont affiché leur souhait de ne pas compliquer davantage le système actuel afin de ne pas ajouter un niveau bureaucratique supplémentaire à un édifice déjà passablement complexe.

C-2) Une illustration : le cas des agences de sécurité dans les transports⁴⁸

L'année 2003 aura vu la création de trois agences de régulation, selon la typologie de la Commission, dans les secteurs de réseaux. Il ne s'agit pas d'autorités de régulation au sens plein du terme. Leurs compétences sont limitées à un champ technique, à l'exclusion de toute compétence économique. Ces agences couvrent les domaines :

- du **transport maritime** : l'Agence européenne pour la sécurité maritime s'inscrit dans le cadre des mesures prises pour enrayer les catastrophes environnementales supportées par les espaces marins, à la suite des accidents de l'Erika et du Prestige⁴⁹;
- du **transport aérien** : l'Agence européenne s'inscrit dans le prolongement de la communautarisation de l'espace aérien européen et de la coopération entre administrations nationales de l'aviation civile⁵⁰;
- du **transport ferroviaire** : proposée dans le cadre du «second paquet ferroviaire », l'Agence ferroviaire européenne sera responsable d'harmonisation de la sécurité ferroviaire. Son rôle sera étendu à l'interopérabilité du réseau ferroviaire et des matériels roulants⁵¹.

⁴⁶ « Une stratégie pour revitaliser les chemins de fer communautaires », COM (96) 421, point 56, § n°2.

⁴⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 23 janvier 2002, *Vers un espace ferroviaire européen intégré*, COM (2002) 18 final. Une proposition de règlement instituant une agence ferroviaire européenne a été déposée le même jour par la Commission, et soutenue sur le fond par le rapporteur au Parlement européen Gilles Savary, PE.314.700, rapport adopté en première lecture le 14 janvier 2003.

⁴⁸ Ces développements doivent beaucoup à la contribution présentée par le Pr. Grard « *Sécurité et Transport dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation* » au séminaire sur les agences de régulation organisé par ISUPE et GEPE à l'Institut Affari Internazionali, Rome, 26 juin 2003 (contribution en annexe IV.h).

⁴⁹ Règlement CE n° 1406/2002 du 27 juin 2002, *J.O.C.E.* n° L. 208 du 5 août 2002. L'Agence a été mise en place en décembre 2002.

⁵⁰ Règlement CE n° 592/2002 du 15 juillet 2002, *J.O.C.E.* n° L. 240 du 5 septembre 2002. L'Agence ne sera opérationnelle qu'en septembre 2003.

⁵¹ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil, COM (2002) 24 du 23 janvier 2002.

La création d'agences de sécurité dans le domaine du transport s'inscrit en premier lieu dans le cadre de la réalisation du Marché intérieur, afin de supprimer les frontières techniques et les entraves aux échanges constituées par les pratiques différentes des Etats membres en matière de sécurité.

Elle s'inscrit en second lieu dans le cadre de la décentralisation technique. Afin de remplir efficacement la fonction de régulation technique centrale qui lui est confiée, la Commission s'appuie sur un organe exécutif décentralisé qui peut recruter les experts et les techniciens nécessaires et gérer de manière efficace et réactive.

L'Agence chargée de la sécurité aérienne dispose de pouvoirs nettement plus importants que l'Agence maritime, et notamment des pouvoirs de décision contraignants, à portée individuelle et quasi-réglementaire. Elle assiste la Commission dans l'adoption des normes communes de sécurité et de protection de l'environnement dans le cadre d'une procédure de comité. Elle est également responsable de la navigabilité et de la certification des productions aéronautiques conçues ou utilisées dans les Etats membres. Jusqu'à présent, ces missions étaient accomplies par les autorités nationales de l'aviation civile. La Commission lui délègue par ailleurs la responsabilité du contrôle de l'application effective des règlements par les Etats membres⁵².

Certains domaines de l'exécution opérationnelle sont retirés aux Etats pour être confiés à l'Agence. Celle-ci délivre en particulier les agréments des ateliers de conception, de production et d'entretien, ainsi que les certificats de type des avions, qui sont les autorisations de vol des nouveaux avions, ce qui facilitera grandement la procédure de certification pour les constructeurs, la certification individuelle demeurant de la compétence des Etats.

A terme, elle deviendra l'interlocuteur privilégié de son homologue américaine, la *Federal Aviation Agency* (FAA) et se verra déléguer la conclusion des accords de reconnaissance mutuelle. L'homologation des certificats et agréments commune facilitera la conquête des marchés et les exportations européennes.

Avec la certification, l'Agence sera dotée de capacités quasi normatives. En définissant des normes communes en matière de sécurité, elle pourra établir des codes de navigabilité, qui s'imposeront aux Etats membres, ceux-ci n'ayant guère d'autre choix que de s'y conformer sous peine de se voir taxer d'imprévoyance dans un domaine très sensible. L'EASA s'inscrit dans l'héritage des *Joint Aviation Authorities*, forme traditionnelle de coopération entre les autorités nationales qui apparaissait paralysée par la recherche patiente des consensus. Dans le cadre limité des missions qui lui sont dévolues, la nouvelle agence pourrait être considérée comme une première autorité de régulation européenne⁵³.

⁵² Elle peut entreprendre des inspections à cet effet et proposer à la Commission d'engager des procédures d'infraction. Elle peut enquêter au sein des entreprises, avec un pouvoir analogue à celui de la régulation en matière de concurrence, qui est le cœur du pouvoir exécutif opérationnel de la Commission.

⁵³ Ces agences apportent aussi aux Etats membres une aide technique et scientifique pour appliquer la législation communautaire : une assistance donc plutôt qu'un contrôle. Ainsi, l'Agence de sécurité maritime peut participer aux formations des inspecteurs nationaux, ainsi qu'aux enquêtes. Par son action de diffusion et d'échanges sur les meilleures pratiques entre les administrations nationales, l'agence suscite l'uniformisation de l'application du droit communautaire plutôt qu'elle ne l'impose. Son action, en pratique, s'apparente à l'animation d'un réseau de régulateurs nationaux, analogue à ceux qui sont mis en place dans les secteurs des télécommunications et de

Les procédures de gouvernance des agences de transport recèlent aussi des innovations. Les conseils d'administration déterminent le programme de travail et nomment le directeur exécutif, sur proposition de la Commission.

Deux éléments caractéristiques sont à mettre en exergue dans la mesure où ils pourraient éclairer la voie de futurs organismes analogues dans d'autres secteurs :

Dans le domaine des transports, les agences ont été créées sur la base de l'article 80§2, c'est-à-dire dans le cadre de la politique des transports, et non dans le cadre de l'article 308 CE, comme les autres agences.

Leur mandat est l'harmonisation de la sécurité, qui est un domaine de haute sensibilité politique, à l'heure où la protection contre les risques mobilise les opinions publiques et motive les décideurs à agir. Cet argument a sans nul doute contribué à lever les obstacles placés sur la route de ces nouvelles créations institutionnelles tant par les réticences exprimées par les administrations nationales à déléguer leurs pouvoirs à un organe communautaire que pour celles des services de la Commission à déléguer leur pouvoir exécutif et normatif à un organe subsidiaire plus ou moins indépendant. En effet, aucune autorité publique ne veut courir le risque, face à un accident ou à une catastrophe, d'avoir manqué au respect du principe de précaution.

Au demeurant, et dans le prolongement de cette dynamique, d'autres agences pourraient être créées en matière de sécurité. La Commission a ainsi présenté en février 2003 une proposition de règlement instituant une Agence afin de renforcer la coordination européenne dans le domaine de la sécurité des réseaux et de l'information⁵⁴. Le Conseil a arrêté une approche commune le 5 juin 2003 en souhaitant toutefois limiter les activités de cette agence à un rôle purement consultatif⁵⁵.

En définitive, la création des trois agences de sécurité dans les transports constitue une étape importante dans l'approche de la fonction communautaire de régulation. Certes, ces agences sont encore très récentes et elles n'ont pas encore eu l'occasion d'exercer leurs pouvoirs. Elle invite néanmoins à aller plus loin dans la réflexion.

l'électricité. Ce qui la différencie, c'est qu'elle dispose d'un appareil d'expertise technique qui lui est propre. Concernant les décisions à caractère contraignant, les Etats membres ont préféré continuer de s'appuyer sur l'Organisation maritime internationale.

⁵⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil *instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information*, COM (2003) 0063 en date du 11 février 2003. L'avis en première lecture du Parlement européen pourrait intervenir lors de la session du 17 novembre 2003.

⁵⁵ Toujours sous le chapitre de la sécurité, le Conseil des Ministres a donné, en juin 2003, son accord de principe à la proposition présentée par la Commission de créer une agence chargée de la sécurité des réseaux d'information. Après examen par le Parlement et approbation par le Conseil, la nouvelle agence pourrait voir le jour en 2004. Sa mission sera de coordonner et de centraliser la collecte et l'analyse des informations en matière de cybercriminalité, dans le but de constituer un centre d'expertise où les états membres et les entreprises pourront partager leurs connaissances set sur la lutte contre les *hackers*. Il s'agit donc d'une mission d'assistance renforcée aux Etats et à la Commission. L'agence pourra aussi servir de force de réaction rapide en situation d'attaque sur les réseaux. Elle devra développer une coopération policière et judiciaire prévue dans le Troisième Pilier, ainsi qu'avec les organes judiciaires de lutte contre la cybercriminalité en place dans les Etats membres.

Cette première partie a montré qu'une diversité de groupes, d'associations, de comités ou d'agences s'est progressivement mise en place dans les secteurs de réseaux. Cette spontanéité et cette diversité, parfois quelque peu anarchiques, démontrent, d'une part, la reconnaissance d'un besoin de coopération renforcée et, d'autre part, les difficultés auxquelles peut faire face l'auto-organisation et le rôle utile d'harmonisation et de simplification qu'une coordination communautaire devrait être appelée à jouer.

Mais la coordination, la concertation, l'expertise ne constituent pas à elles seules une régulation. Le critère pertinent de différenciation est celui du caractère contraignant des normes et des décisions adoptées. Une action de lobbying et de représentation de la profession, un forum d'échanges de vues, une entente d'opérateurs – aussi utiles et légitimes qu'ils soient – ne constituent pas l'équivalent d'une autorité. La consultation, le consensus ont leurs limites lorsqu'il faut trancher des enjeux sensibles. Le besoin d'une fonction de coordination plus forte commence dès lors de se faire jour. Dans ces conditions, il convient d'approfondir la réflexion sur l'utilité d'une fonction communautaire de régulation.

II – L'UTILITÉ D'UNE FONCTION COMMUNAUTAIRE DE RÉGULATION

Pour aborder cette question de l'utilité d'une fonction communautaire de régulation, il est nécessaire de rappeler dans un premier temps combien la régulation des réseaux est un point de rencontre des progrès de la construction communautaire (II.1). Dans un deuxième temps, nous chercherons à mettre en lumière les insuffisances du système actuel de régulation (II.2.). C'est en effet en réponse à ces insuffisances qu'une fonction communautaire pourrait notamment se justifier. Plus généralement, nous nous attacherons ensuite à identifier des critères qui permettent de déterminer l'utilité d'une telle fonction (III.3). Enfin, si une fonction communautaire de régulation apparaît utile, il n'en demeure pas moins que sa reconnaissance et sa mise en place suscitent des réticences et des difficultés, notamment en raison des enjeux institutionnels et constitutionnels sous-jacents (III.4).

II.1 – La régulation des réseaux, point de rencontre des progrès de la construction communautaire

La question d'une fonction européenne de régulation des secteurs de réseaux se pose à titre principal dans le contexte de la construction communautaire des services d'intérêt économique général (A). Mais elle est aussi au confluent d'autres développements de la construction communautaire et plus particulièrement de l'adoption d'une Constitution européenne (B), ou bien encore de la politique des grands réseaux transeuropéens, ainsi que dans le cadre de l'élargissement de l'Union européenne (C).

A. Equilibrer l'application des règles de la concurrence et la prise en compte de l'intérêt économiques général

La définition des services d'intérêt économique général et les modalités de leur mise en œuvre et de leur contrôle sont souvent de la compétence des Etats membres. Le Traité CE énonce toutefois que ces services ne doivent pas contrevenir aux règles de libre circulation et de concurrence : c'est sur cette base juridique que l'ouverture à la concurrence des services en réseaux a été conduite à partir de la fin de la décennie 1980.

A l'occasion de la préparation des directives européennes de libéralisation, outre l'objectif d'ouverture à la concurrence, sont apparus nécessaires d'autres objectifs communautaires, tels que la sécurité, l'efficacité économique, la cohésion sociale et territoriale. Des règles ont été édictées à cet effet dans les textes adoptés.

Même s'il n'existe pas encore de définition européenne unifiée de ces services, les textes communautaires contiennent d'ores et déjà un certain nombre d'éléments qui peuvent servir de fondement à la définition d'une notion communautaire des services d'intérêt économique général.

A cet égard, on relèvera qu'en matière de services d'intérêt économique général, l'on est passé d'une approche négative à une approche positive de ces services. En effet, dans un premier temps, les textes communautaires avaient pour seul objet l'ouverture à la concurrence. Les questions liées aux services d'intérêt économique général étaient renvoyées aux Etats membres dans le respect des règles du Traité. Dans un second temps, les textes communautaires ont reconnu la nécessité de fixer un certain nombre de règles communes en la matière. La notion de « service public » a même fait son apparition dans certaines directives, comme celles relatives à la libéralisation des marchés énergétiques. Aujourd'hui, la Communauté ne se contente plus d'inclure dans ses textes des dispositions permettant aux Etats d'imposer aux opérateurs des obligations de service public et d'encadrer leur mise en œuvre, elle promeut elle-même ces services et exige des Etats membres qu'ils mettent en place un certain nombre d'obligations de service public. Il en résulte la nécessité de tracer des compromis quant au rôle joué par les autorités communautaires, d'une part, dans le bon fonctionnement des marchés et le respect de la concurrence et, d'autre part, dans la garantie de l'intérêt général.

S'agissant des règles de concurrence, le Traité confère à la Commission une compétence forte et ancienne pour leur application. La Direction générale de la Concurrence constitue une administration puissante et respectée, dotée d'une grande capacité d'expertise, riche de près d'un demi-siècle d'expérience. Ses actes ont établi un « espace de concurrence » intégré à l'échelle du marché européen.

Le pouvoir exécutif en matière de régulation est en revanche exercé au niveau des Etats membres. Les autorités de régulation, qu'elles soient des ministères ou des autorités indépendantes, exercent leurs compétences à l'échelle des marchés nationaux. Elles ont donc à exercer une synthèse parfois difficile entre l'application des règles de concurrence et l'application des principes du « service public » ou de « l'intérêt économique général ».

La première question est donc celle de la définition et de la mise en œuvre des fonctions d'intérêt économique général. Le Livre Vert de la Commission procède en l'état à un inventaire des éléments communs aux divers secteurs constitutifs d'un concept communautaire des services d'intérêt économique général :

- service universel : veiller à ce que certains services, considérés comme indispensables, soient mis à la disposition de tous les usagers et utilisateurs sur la totalité du territoire et à un prix abordable⁵⁶. Dans une conception plus exigeante, le service universel débouche sur l'égalité de traitement et la péréquation des tarifs ;
- continuité du service : le caractère essentiel du service peut imposer l'obligation de fourniture sans interruption⁵⁷ ;

⁵⁶ Ce principe a été établi par les directives relatives aux secteurs des télécommunications, des services postaux et de l'électricité, ainsi la Directive 2002/22/CE (dite « service universel ») du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et service de communication électronique, *J.O.C.E.* L. 108 du 24 avril 2002.

⁵⁷ Cette référence existe explicitement dans le cas des services postaux, où l'article 3 de la directive postale 97/67/CE du 15 décembre 1997 impose aux Etats membres d'assurer « une offre de services postaux fournis de manière permanente », *J.O.C.E.* L 15 du 21 janvier 1998. Dans d'autres cas, la réglementation européenne autorise les Etats membres à imposer l'obligation de fourniture aux opérateurs, ainsi à l'article 3 de la directive électricité 96/92/CE du Parlement et du Conseil du 19 décembre 1996, *J.O.C.E.* L 27 du 30 janvier 1997, disposant que les

- qualité du service, et notamment l'accessibilité tarifaire⁵⁸ et la protection des utilisateurs et des consommateurs⁵⁹ ;
- sûreté et sécurité : ces obligations s'appliquent particulièrement aux secteurs des transports ;
- sécurité d'approvisionnement : ces obligations s'appliquent particulièrement aux secteurs de l'énergie et emportent des conséquences décisives sur le choix des sources d'énergie et la planification des investissements.

Certes, le corpus juridique communautaire est bien moins établi et avancé dans le domaine de l'intérêt économique général qu'il ne l'est dans le domaine de la concurrence. Les textes de référence sont encore peu nombreux, fragmentés et hétérogènes selon les secteurs. Les jurisprudences sont éparées. Il en résulte un déséquilibre et un manque de visibilité préjudiciables au bon fonctionnement des secteurs concernés et aux intérêts des acteurs.

Pour arbitrer entre ces finalités différentes, voire concurrentes, de l'intérêt public, il faut donc intégrer l'application des règles de concurrence et des règles régissant le service d'intérêt économique général dans une approche de régulation de même niveau. Or, c'est au niveau communautaire que les règles de concurrence se forment, et c'est encore au niveau communautaire qu'une réflexion sur les services d'intérêt économique générale se développe. C'est pourquoi le niveau communautaire pourrait être le plus adapté pour établir une fonction de régulation conciliant concurrence et services d'intérêt économique général⁶⁰.

B. L'adoption d'une Constitution européenne

La Convention sur l'avenir de l'Europe mise en place par le Conseil Européen de Laeken de décembre 2001, afin de préparer les travaux de la Conférence intergouvernementale chargée d'adapter les institutions, avait pour mandat de préparer un projet de Constitution européenne. Ce projet était appelé notamment :

- à poser les bases d'une meilleure répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats Membres afin de la « rendre plus claire », de la « simplifier » et de « l'ajuster » en fonction des nouveaux problèmes ;
- à « introduire davantage de démocratie, de transparence et d'efficacité » dans le fonctionnement de ses diverses institutions.

Etats membres « peuvent imposer [...] des obligations de service public dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris [...] la régularité [...] de la fourniture. »

⁵⁸ Cette notion a été introduite dans les textes relatifs aux télécommunications et aux services postaux. Depuis, la notion de « tarification raisonnable » est apparue dans le dernier paquet « Energie ».

⁵⁹ Au-delà des règles générales, des mesures spécifiques ont été adoptées dans certains secteurs, par exemple dans le transport aérien contre la sur-réservation.

⁶⁰ S'agissant de la forme institutionnelle favorisant cette conciliation, nous pouvons déjà noter les formes de coopération existantes ne remplissent que très imparfaitement ce rôle de rééquilibrage, notamment du fait de l'absence de pouvoirs contraignants. Cette carence est un argument en faveur de la création d'autorités capables d'intégrer l'application de ces règles.

Dans ce cadre, deux points semblent particulièrement importants pour notre analyse. Il s'agit, d'une part, de la question des compétences de l'Union européenne (B-1) et, d'autre part, de celle de la subsidiarité (B-2).

B-1) Les compétences de l'Union européenne

Le projet de Constitution, qualifié de « *bonne base de départ pour la conférence intergouvernementale* » par le Conseil européen de Thessalonique des 20-21 juin 2003, s'attache notamment à préciser la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres.

Les domaines de compétence partagée, définis dans son article I.13, sont notamment le Marché intérieur, la politique des transports et des réseaux transeuropéens, l'énergie et la cohésion économique, sociale et territoriale. Il s'agit de domaines auxquels une compétence communautaire de régulation pourrait apporter une contribution importante.

Le projet de Constitution, dans son Titre V relatif à l'exercice des compétences de l'Union, définit par ailleurs une nouvelle typologie d'instruments juridiques. Ainsi, ces actes sont classés en cinq catégories : la loi européenne, la loi-cadre européenne, le règlement européen, la décision européenne, les recommandations et les avis. Si cette typologie devait être adoptée à l'avenir, les décisions, recommandations, avis et pour partie les règlements pourraient constituer d'utiles outils pour exercer la fonction communautaire de régulation.

Ainsi, dès lors que, à l'instar de la Constitution française, une claire distinction sera établie entre les domaines de la loi et du règlement, la capacité de déléguer une part du pouvoir réglementaire à des organes décentralisés, qui est actuellement prohibée, s'en trouvera facilitée (voir II.4).

En outre, s'agissant plus particulièrement des services d'intérêt économique général, l'actuel article 16 CE est modifié par le projet de Constitution dans sa Partie III relative aux politiques de l'Union, et devient l'article III.3 du Titre I. Cette disposition indique notamment que l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Mais la principale nouveauté tient à l'insertion d'une disposition indiquant que « *la loi européenne définit ces principes et ces conditions* ». Cette nouvelle formulation fournit une base juridique puissante pour de futurs textes communautaires sur les services d'intérêt économique général, soit de portée générale, soit dans les secteurs concernés. Cette évolution de la prise en compte des questions liées aux services d'intérêt général au niveau communautaire renforce l'utilité d'une fonction de régulation à ce niveau.

B-2) Le principe de subsidiarité

L'article I-9 du projet de Constitution européenne fixe les principes fondamentaux des compétences de l'Union, et prévoit, d'une part, que « *toute compétence non attribuée par la*

Constitution appartient aux Etats membres », en vertu du principe d'attribution et, d'autre part, que « *l'Union intervient seulement et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante, tant au niveau central qu'au niveau régional et local* », en vertu du principe de subsidiarité. Il est par ailleurs précisé que « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution* », dans le respect du principe de proportionnalité.

Appliqués à l'intégration de la fonction de régulation actuellement exercée par les Etats membres, les principes d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité signifient que la régulation communautaire ne doit pas absorber les régulations nationales, mais seulement intervenir dans les domaines nécessaires où « *les objectifs de l'action envisagée (...) peuvent, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux atteints au niveau de l'Union* ».

Dans ces conditions, la nécessité de transférer une partie de la fonction de régulation au niveau communautaire doit être démontrée et précisément motivée. Cette disposition est en même temps de nature à rassurer ceux qui craignent le dérapage fédéraliste des délégations au pouvoir communautaire, en lui traçant des limites.

C. Les grands réseaux transeuropéens

Les grands réseaux transeuropéens sont partie intégrante des politiques de l'Union européenne depuis l'adoption en 1992 du Traité de Maastricht. Les enjeux de leur développement, notamment dans le cadre de l'élargissement (C-1), ainsi que l'actualité communautaire (C-2), constituent une justification forte d'une fonction communautaire de régulation des services supportés par les réseaux.

C-1) Les enjeux du développement des grands réseaux transeuropéens

Le Titre XIV du traité (articles 154 à 156 CE) prévoit que la Communauté contribue à l'établissement et au développement de réseaux transeuropéens, qui constituent un élément essentiel de la mise en place du Marché intérieur et du renforcement de la cohésion économique et sociale. Ce développement inclut l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux, ainsi que l'accès à ces réseaux. Il peut donc le cas échéant constituer le fondement d'une compétence de régulation communautaire dans le domaine des grands réseaux.

Le constat motivant l'apparition de cette politique nouvelle est le maillage insuffisamment développé des liaisons transfrontalières. Marqué historiquement par des approches nationales, le dessin des réseaux d'infrastructures est généralement centré sur la « maille nationale », avec un faible développement des connexions transnationales entre réseaux nationaux⁶¹. Or l'intégration du marché requiert des infrastructures physiques pour véhiculer les échanges. La réalisation des chaînons

⁶¹ Ainsi, si les réseaux de gazoducs sont d'ores et déjà adaptés au marché européen intégré, les retards sont importants dans le chemin de fer, où de nombreuses déficiences demeurent, tant pour le transport des voyageurs que pour les marchandises. Quant aux réseaux électriques à haute tension, ils sont encore très insuffisants pour assurer l'intégration du marché électrique : les oppositions à la construction de nouvelles lignes, particulièrement transalpines et transpyréennes, liées aux préoccupations de protection de l'environnement, constituent des obstacles aux échanges.

manquants du maillage transeuropéen appelle donc des encouragements par le biais d'une politique européenne spécifique.

De plus, la politique des réseaux transeuropéens – outre le développement des échanges dans le cadre du Marché intérieur – s'inscrit dans l'objectif de cohésion territoriale, s'adressant notamment aux régions enclavées ou périphériques afin d'améliorer leur accès aux régions centrales. Elle s'inscrit aussi dans la politique de relance de la croissance, les grands travaux nécessaires à la réalisation de ces infrastructures contribuant à la relance économique par leurs investissements et les créations d'emplois directes et indirectes associées⁶².

Enfin, la problématique du développement des réseaux transeuropéens présente aujourd'hui une acuité particulière du fait de l'élargissement de l'Union européenne à dix nouveaux membres. Le développement des infrastructures de liaison Est-Ouest constitue une priorité majeure pour leur intégration. Les futurs Etats membres sont tous engagés dans un processus de libéralisation et de privatisation de leurs économies, façonnées par un demi-siècle de planification centralisée ; les secteurs de réseaux étaient gérés par des ministères sectoriels et doivent conduire un intense effort d'adaptation. La modernisation de leurs infrastructures requiert aujourd'hui de lourds investissements, et l'harmonisation et l'interopérabilité avec les réseaux de la partie occidentale de l'Europe constituent une priorité pour l'intégration rapide des nouveaux membres à l'économie européenne.

C-2) L'actualité communautaire de la politique des réseaux transeuropéens

Les Conseils européens de Corfou et d'Essen avaient en 1994 sélectionné une liste d'infrastructures prioritaires à réaliser pour achever l'intégration du marché européen. La politique des réseaux transeuropéens est toutefois demeurée, à ce jour, sans contenu concret. La volonté politique et la désignation d'infrastructures prioritaires n'ont pas suffi à mobiliser les financements.

Ce n'est que très récemment, avec la constitution d'un groupe de travail présidé par Karel Van Miert, ancien vice-président de la Commission, que le débat a repris toute sa place. Ce groupe, composé de représentants des Etats Membres et des pays de l'élargissement, a été mis en place pour assister la Commission et réviser les orientations du réseau transeuropéen de transport⁶³. Il a identifié les projets ayant une réelle plus-value européenne exigeant une coordination entre les Etats Membres, et contribuant à l'amélioration substantielle des conditions de trafic sur les grands corridors transfrontaliers, à la résorption de goulets d'étranglement sur de grands axes et à l'interopérabilité des réseaux nationaux en respectant l'environnement⁶⁴.

⁶² Objectif affiché par le Président de la Commission Jacques Delors dans le Livre blanc sur la croissance et l'emploi en 1993, on le retrouve aujourd'hui dans le plan « Initiative de croissance » présentée par la présidence italienne de l'Union au deuxième semestre 2003. De même, la « Charte de Naples », proclamée le 5 juillet 2003 à l'occasion de la réunion informelle des ministres des Transports, souligne la dimension européenne de certains projets d'infrastructure qui, de ce fait, « *va au-delà de la responsabilité des seuls Etats membres* ».

⁶³ Communiqué de la Commission du 10 janvier 2003, IP/03/26.

⁶⁴ Ce rapport, présenté le 30 juin 2003, contient une liste de projets en cours qui devront être achevés en 2007 et 2010 ; une liste de 18 projets prioritaires qui devront être commencés avant 2010 pour être achevés en 2020 ; une liste de quatre projets prioritaires dont la réalisation se fera à plus long terme et une liste de projets destinés à renforcer la cohésion économique et territoriale. Ces projets sont considérés comme éligibles au financement communautaire dans le cadre d'une révision des orientations du RTE-T en vue de l'élargissement. Le rapport évoque aussi de nouveaux mécanismes de financements de la Banque européenne d'investissement.

D'autres réflexions sont en cours dans le secteur énergétique. Elles ont notamment pour objet de renforcer et de développer les interconnexions entre Etats membres pour favoriser les échanges et de contribuer à la construction d'infrastructures pour mieux assurer la sécurité d'approvisionnement de l'Union européenne.

Il ressort de ce qui précède que la politique des réseaux transeuropéens constitue un enjeu économique et social d'envergure. Cette politique est également au cœur de l'actualité communautaire, comme en atteste la nouvelle impulsion qui lui est actuellement donnée. Ces éléments justifient une plus forte intervention à un niveau supranational.

Ainsi, la régulation des réseaux est au cœur des progrès de la construction européenne. Mais là n'est pas la seule justification de la nécessité de faire émerger une fonction communautaire de régulation. En effet, la nécessité de pallier les insuffisances du système actuel y contribuent également.

II.2- Les insuffisances du système européen de régulation

La création d'une fonction de régulation européenne doit bien entendu prendre en compte sa faisabilité politique, c'est-à-dire la position des divers acteurs impliqués en termes de demande et d'acceptabilité, et en particulier la position des gouvernements, des régulateurs nationaux, des institutions communautaires, des opérateurs de réseaux et des industriels des secteurs concernés.

Mais elle doit avant tout répondre à des problèmes manifestes résultant du système actuel de régulation. Dès lors, dans chaque secteur, il est utile de recenser les déficiences qui ont pu apparaître. D'un point de vue général, les principaux problèmes identifiés tiennent à l'indépendance de la régulation, au manque d'harmonisation des pratiques et à leur inadaptation aux échanges transfrontaliers.

Les travaux menés sur les insuffisances du système européen de régulation, conduisent à retenir trois cas ou exemples qui illustrent particulièrement bien cette problématique. Deux d'entre eux sont fondés sur une analyse sectorielle, et le troisième sur une analyse transversale.

Le premier exemple retenu porte sur la crise du secteur des télécommunications, engendrée notamment par le défaut de coordination lors de l'attribution des licences UMTS (A). Le deuxième concerne la fluidité insuffisante des échanges d'électricité sur le marché européen, résultant de cloisonnements persistants des réseaux nationaux de transport (B). Enfin, le troisième exemple a trait à la problématique de l'évaluation des services d'intérêt économique général (C).

Parmi les projets prioritaires figurent notamment : Galileo, quatre « autoroutes de la mer » pour désengorger les autoroutes terrestres et faciliter l'accès à certains pays , des liaisons multimodales Irlande/Royaume-Uni/Europe continentale. La liste de projets prioritaires à plus long terme comprendrait entre autres une nouvelle liaison ferroviaire transpyrénéenne à grande capacité et le rail « baltica » reliant Helsinki-Tallinn, Riga, Kaunas, Varsovie. Alors que le coût de l'ensemble du RTE-T serait estimé à 600 milliards d'euros, les projets prioritaires sélectionnés nécessiteraient 235 milliards d'investissements d'ici 2020. La BEI pourrait envisager de créer un nouveau mécanisme d'investissement pour le RTE-T notamment sous la forme de prêts à long terme couvrant jusqu'à 75% du coût des projets.

A. La crise des licences UMTS⁶⁵

Le 14 décembre 1998, une décision de l'Union européenne demande aux Etats membres de déterminer la procédure d'attribution des licences UMTS avant janvier 2000 et de conduire l'ouverture du service à partir de janvier 2002. Ce calendrier, établi par la Commission, venait à l'appui de plusieurs ambitions : consolider la position d'un grand marché européen du mobile comme moteur mondial de cette technologie, rééditer une approche réussie avec le GSM par la mise en place d'une nouvelle norme européenne appelée à devenir mondiale (Universal MTS), ouvrir par là-même des perspectives majeures à une industrie européenne, leader du secteur. Il se montrait volontariste et contraignait les Etats membres à prendre des décisions majeures dans un contexte de grande incertitude sur les perspectives de l'UMTS.

Les directives dites Licences⁶⁶ et Interconnexion⁶⁷ laissaient une large marge de manœuvre aux Etats membres dans le mécanisme d'attribution des licences sur leur territoire. Mais le Conseil des Ministres, face à deux tendances divergentes qui se focalisaient sur le mode d'attribution des licences, n'a pas imposé de solution unique, s'appuyant en cela sur le constat que cette procédure, dans ses aspects tant réglementaires que budgétaires, relevait de la subsidiarité. En effet, en matière fiscale, les Etats membres conservent une compétence exclusive en l'absence de décision unanime. On doit constater qu'à cette époque, aucune analyse n'a anticipé les conséquences ni du montant potentiel des enchères dont le niveau n'était pas imaginé, ni d'attributions échelonnées entre les pays « pionniers » et les pays « retardataires ».

Les Etats membres se répartissent en deux catégories pour les méthodes d'attribution : l'appel d'offres ou la soumission comparative.

Les licences UMTS ont été attribuées par les Etats membres dans le cours de l'année 2001 dans le cadre de procédures très hétérogènes. Les opérateurs ont dû acquitter des coûts très variables et parfois très élevés. La recette par habitant varie ainsi entre un chiffre très bas, voire proche de zéro (essentiellement l'Espagne, la France, la Belgique, le Danemark et la Finlande), des niveaux très élevés supérieurs à 600 euros (Allemagne, Royaume-Uni), en passant par des niveaux moyens de 200 à 300 euros (Italie).

Le coût d'investissement dans la technologie UMTS est estimé à un montant de l'ordre de 300 milliards d'euros, dont la moitié pour les équipements et la moitié pour l'acquisition des licences.

Lorsque la Commission découvrira les effets de la politique menée, elle ne pourra revenir ni sur l'appropriation par deux Etats Membres des deux tiers de la matière fiscale collectée sur des

⁶⁵ Voir la contribution d'Elie Cohen, « Design institutionnel communautaire et UMTS » en annexe IV.c.

⁶⁶ Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997, *relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications*, J.O.C.E. n° L. 117 du 7 mai 1997.

⁶⁷ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, *relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP)*, J.O.C.E. n° L. 199 du 26 juillet 1997.

entreprises en difficulté et indirectement sur d'autres Etats européens, ni remettre en cause les résultats des attributions qui ressortissent de la compétence des Etats Membres.

Certes, ce ne sont pas les institutions européennes qui ont fabriqué la bulle de l'Internet mobile. Mais en se donnant une ambition de politique industrielle dans l'Internet mobile sans s'en donner les moyens, elles l'ont renforcé. Les autorités européennes ont permis aux Etats Membres qui le souhaitaient de privilégier leur profit fiscal au lieu d'agir en réducteurs d'incertitudes, en régulateurs des marchés et en agents de long terme.

On peut raisonnablement penser que si une autorité de régulation européenne de télécommunication avait existé, on n'aurait pas enregistré une telle distorsion dans les conditions d'attribution des licences ni une telle spéculation dans les tarifs d'acquisition par les opérateurs. Certes, en principe, l'harmonisation et la coordination pouvaient résulter du dispositif actuel, à savoir d'une décision du Conseil, sur proposition de la Commission. Mais on a pu constater que tel n'a pas été le cas, faute d'un degré suffisant de cohérence du pouvoir de la fonction régulatrice.

L'insuffisance du dispositif actuel se révèle non seulement au stade de la genèse de la crise, mais aussi au stade de l'impossibilité à réagir une fois l'échec constaté.

B. Le secteur électrique

L'ouverture à la concurrence du secteur européen de l'énergie a été plus tardive que celle du secteur des télécommunications. La directive sur l'électricité a en effet été adoptée le 16 décembre 1996 après huit années de négociations difficiles. En France, sa transposition ne date que de février 2000.

Après quelques années, et bien que de nombreux Etats Membres soient allés plus loin que ne l'exigeait la directive, le marché européen de l'électricité est demeuré fragmenté, avec des barrières substantielles à l'entrée de certains marchés⁶⁸. Plusieurs conséquences en découlent. D'une part, pour contourner ces entraves aux échanges, les entreprises ont dû procéder principalement par fusions et acquisitions. D'autre part, on peut constater que les niveaux de prix de transport d'électricité en Europe sont encore très différents. Une partie de ces différences s'explique par des différences physique et géographique des réseaux de transport. Une autre s'explique par des systèmes de régulation différents. C'est la mission principale de la Communauté Européenne que d'éliminer ces distorsions par l'harmonisation. La structure des tarifs est également très différente, réduisant d'autant la fluidité sur le marché.

De même, les interconnexions transnationales au niveau européen sont insuffisantes. Cette insuffisance des réseaux de transport internationaux est particulièrement manifeste pour les pays de la périphérie. Par exemple, les possibilités d'interconnexions du Royaume-Uni ne représentent que 3,5 % de la puissance de pointe. Pour la péninsule ibérique, les possibilités sont encore plus basses, à 2,8 % ; pour la zone scandinave, elles sont de 3,4 %. Un pays plus central comme l'Italie, ne

⁶⁸ Voir par exemple, CEPS (2003), *'Rethinking the EU regulatory strategy for the internal energy market, Prospectus for a CEPS Task Force, A project of the CEPS Program on Energy, Environment and Climate Change'*, 23 January 2003.

dispose que d'un niveau de 11 %. Les interconnexions entre l'Italie d'une part, la France, l'Autriche ou la Suisse de l'autre sont toujours congestionnées. Les interconnexions entre la France, et l'Espagne, la Belgique, l'Allemagne et le Royaume-Uni le sont fréquemment. Augmenter les capacités de connexion physique, permettrait de réduire les congestions constituant des entraves aux échanges.

La tarification des échanges transfrontières et les conditions d'accès aux réseaux, notamment en matière de transit, ont soulevé des questions que les formes de concertation existantes n'ont pu résoudre de façon satisfaisante.

Les autorités de régulations européennes l'ont d'ailleurs elles-mêmes noté. A la huitième rencontre du Forum de Florence, en 2002, le CEER a déclaré⁶⁹ qu'il fallait considérer l'idée de mettre en place un arrangement institutionnel plus permanent afin de formaliser la collaboration et la coordination entre les régulateurs, la Commission, et les acteurs concernés. Par ailleurs, l'*European Federation of Energy Traders*⁷⁰ pointent également du doigt les faiblesses de cette organisation du marché. Elle estime notamment qu'une meilleure gestion et une meilleure régulation des interconnexions permettraient de mieux identifier les capacités de transport disponibles à un moment donné, donc de mieux les utiliser.

D'autres points pourraient encore être soulignés et notamment la très grande hétérogénéité des pratiques de régulation (périmètre, instruments, etc.), qui diminue d'autant la fluidité du marché.

Si l'action s'est d'abord portée sur l'ouverture des marchés nationaux, il faut à présent œuvrer à la réalisation d'un véritable marché intérieur. Dans ce cadre, la mise en place d'une fonction communautaire de régulation pourrait y contribuer.

C. Déficiences de l'évaluation

Dans le domaine des services d'intérêt économique général, il est nécessaire de procéder régulièrement à une évaluation des performances de ces services et de l'impact des politiques communautaires et nationales, en particulier dans le cadre de la libéralisation des industries de réseaux.

C'est actuellement la Commission qui se livre à cette activité d'évaluation. Plus précisément, cette activité se subdivise en trois catégories.

La première catégorie d'évaluation, de nature sectorielle, s'opère dans les industries de réseaux. En effet, l'adoption de directives de libéralisation dans ces secteurs conduit généralement le législateur communautaire à confier à la Commission une mission d'évaluation. Ainsi, la Commission est le plus souvent tenue de présenter aux autres institutions communautaires, et en particulier au Parlement européen et au Conseil, des rapports sur l'expérience acquise en matière de fonctionnement du marché intérieur, voire également sur l'application au secteur concerné des règles

⁶⁹ *Eighth Meeting of the European Electricity Regulatory Forum Florence*, 21-22 February 2002.

⁷⁰ *EFET recommendations for objective quantification and allocation of continental European cross border power transmission capacity*, avril 2003.

relatives aux services d'intérêt économique général. Ces rapports sont élaborés par la Commission à partir de données récoltées par la Commission et transmises par les Etats.

La deuxième catégorie d'évaluation est de nature horizontale. En effet, comme elle le rappelle dans son Livre Vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003, la Commission a entrepris depuis 2001 d'effectuer une évaluation annuelle intersectorielle des industries de réseaux. Elle a d'ailleurs publié en juin 2002 une note méthodologique pour l'évaluation horizontale des services d'intérêt économique général⁷¹.

Enfin, la Commission mène des enquêtes auprès des consommateurs, sous la forme de sondages, pour déterminer notamment leur niveau de satisfaction dans le domaine des services d'intérêt économique général.

Certes, ces premières expériences d'évaluation ne peuvent qu'être soutenues et encouragées. Toutefois, elles s'avèrent encore insuffisantes, et ce à plusieurs niveaux.

En premier lieu, on relèvera qu'il n'existe pas de cadre commun définissant les principes généraux applicables aux activités d'évaluation, que celle-ci intervienne au niveau communautaire ou au niveau national.

En deuxième lieu, les critères utilisés par la Commission font régulièrement l'objet de critiques. Ainsi, dans le secteur électrique plusieurs indicateurs sont utilisés pour mesurer le degré de concurrence. Les principaux sont le taux d'ouverture légal, le nombre de clients ayant changé de fournisseur ou encore le niveau et la baisse de prix pratiqués sur le marché final. Or certains régulateurs nationaux considèrent que ces critères ne permettent qu'imparfaitement de refléter la réalité de l'ouverture des marchés. Cet exemple illustre la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer non seulement la liste des critères nécessaires pour procéder à une évaluation mais également à donner une interprétation juste des résultats auxquels leur mise en œuvre conduit.

En troisième lieu, et ce point n'est pas sans lien avec le précédent, l'indépendance de l'entité en charge de l'évaluation, à savoir le plus souvent la Commission, fait parfois l'objet de critiques. En réalité, ce n'est pas tant l'institution elle-même qui est en cause, mais le fait qu'elle cumule plusieurs fonctions, dont celles, notamment, de proposer les directives ou les règlements, de contrôler leur mise en œuvre au niveau national et d'appliquer les règles de concurrence.

Enfin, en dernier lieu, on regrettera que l'adoption de nouveaux paquets de libéralisation ne soit pas systématiquement précédée d'une évaluation complète de l'expérience acquise dans le secteur considéré. Cela a été le cas, très récemment, dans le domaine ferroviaire.

Au-delà de ces trois exemples, il existe bien d'autres secteurs où le besoin d'une régulation renforcée à l'échelle européenne se fait sentir. Ainsi, dans le domaine de l'attribution de fréquences satellitaires, où la maille pertinente est clairement celle du continent et où la nécessité de négocier auprès de chaque administration nationale crée des lourdeurs et des gaspillages. Ainsi encore dans le transport ferroviaire de marchandises, où l'amélioration de l'interopérabilité et l'attribution des sillons

⁷¹ COM(2002) 331 final du 18 juin 2002.

de transport par une autorité communautaire permettrait sans nul doute d'améliorer la flexibilité du transport international et la rapidité du trafic, au profit de la compétitivité de ce mode de transport, dont les distances pertinentes sont précisément les liaisons transeuropéennes. Ainsi encore dans le contrôle du transport aérien.

Ces exemples attestent des insuffisances du système actuel. Ils montrent également qu'une fonction communautaire de régulation permettrait le plus souvent d'y remédier. Dès lors, il convient à présent de rechercher les critères qui permettent de déterminer l'utilité d'une telle fonction.

II.3 – Les critères d'une fonction communautaire de régulation

S'il existe des similitudes dans la fonction de régulation des différents réseaux, il existe aussi des différences marquées. Dès lors, l'opportunité de la mise en place d'une fonction de régulation à l'échelle européenne ne se justifie pas nécessairement de manière identique pour les diverses catégories de réseaux.

La détermination du niveau d'exercice de la fonction de régulation ne peut se faire qu'après avoir étudié la maille pertinente des réseaux (A), puis les critères d'opportunité (B) et enfin les critères de faisabilité (C). Ces critères doivent ensuite être évalués et appliqués pour chacun des secteurs afin de définir le niveau de régulation le plus approprié (D).

A. La maille pertinente des réseaux

Le principe de subsidiarité doit s'appliquer avec une force particulière à la régulation. L'émergence d'un pouvoir de régulation au niveau communautaire doit s'appuyer sur une forte légitimité et répondre à des besoins pratiques manifestes. Les divers niveaux d'autorités publiques ne doivent exercer leur compétence que dans les domaines ou les niveaux inférieurs sont impuissants à exercer leur rôle de manière satisfaisante : municipalités, cantons, comtés, et autres *landkreis* pour les réseaux locaux ; régions, *länder* ou provinces pour les services d'emprise régionale ; Etats pour les réseaux d'emprise nationale.

La régulation européenne doit porter en premier lieu sur les échanges transfrontières, l'interopérabilité technique, les conditions d'accès au réseau, la tarification et la sécurité. La compétence communautaire et les pouvoirs à conférer à l'autorité de régulation européenne dépendent au plus haut degré de la « maille géographique » pertinente du réseau, mesurée par l'intensité des répercussions que peut avoir à l'étranger des mesures de régulation prises à l'échelle nationale.

Un critère important est l'intensité relative des échanges transfrontaliers dans l'activité du secteur concerné. Elle peut être nulle, marginale, faible, moyenne, importante, ou complète. La « maille » pertinente est elle-même définie par la technologie du réseau qui peut d'ailleurs évoluer au cours du temps en fonction des progrès techniques.

A partir de la typologie des réseaux, on peut ainsi distinguer, en première approche, trois niveaux distincts de régulation communautaire selon les secteurs :

1. Une compétence communautaire forte ou dominante : les réseaux d'emprise continentale ou mondiale

- transport aérien
- transport ferroviaire de marchandises
- transport de gaz naturel
- télédiffusion par satellites et télécommunications
- etc.

2. Une compétence communautaire moyenne ou importante : les réseaux d'emprise principalement nationale ou supra-régionale

- postes
- télécommunications
- électricité
- transport ferroviaire de voyageurs
- transport routier de marchandises
- etc.

3. Une compétence communautaire faible ou nulle : les réseaux d'emprise essentiellement infra-régionale ou locale

- distribution des eaux
- assainissement, collecte et traitement des déchets
- câblo-distribution
- transport urbain de voyageurs
- etc.

S'il convient de réfléchir sans tarder à un cadre offrant une référence commune des conditions d'exercice de la fonction de régulation, le terrain n'est pas prêt pour une harmonisation systématique dans l'ensemble des secteurs concernés.

Il convient au contraire de procéder de manière progressive, par expérimentation et extension à partir des domaines où le consensus est réalisé tant sur l'opportunité que sur la faisabilité.

B. Critères d'opportunité

L'utilité d'une fonction de régulation à l'échelle européenne, c'est-à-dire sa capacité à résoudre des problèmes aujourd'hui mal résolus par la juxtaposition des régulations nationales, peut s'analyser au regard de plusieurs éléments d'opportunité. L'estimation des bénéfices à attendre d'une intégration du marché européen, le degré actuel d'unification du marché, les obstacles aux échanges susceptibles d'être levés ou réduits par une régulation portée au niveau communautaire ou bien encore l'ampleur des restructurations à attendre au niveau communautaire dans le secteur concerné sont autant d'éléments à prendre en compte.

On ajoutera également qu'une attention particulière doit être portée à la question des négociations internationales. Sous l'effet de la mondialisation les seules négociations bilatérales entre Etats ne suffisent plus. Certes, aujourd'hui la Communauté dispose déjà de compétences pour conclure des accords internationaux. Ces compétences sont parfois exclusives et parfois partagées avec les Etats membres. La nécessité pour les européens – qu'il s'agisse des Etats, des consommateurs ou des opérateurs – de défendre leurs intérêts en commun constitue donc un critère d'opportunité d'une fonction communautaire de régulation. L'entité en charge de cette fonction pourrait ainsi utilement assister les institutions communautaires et, le cas échéant, les Etats membres dans la négociation des accords internationaux et participer ensuite à leur mise en œuvre opérationnelle.

C. Critères de faisabilité

Les critères de faisabilité portent sur la capacité à bâtir une régulation européenne, c'est-à-dire non seulement la possibilité d'aboutir à un accord, mais aussi d'y parvenir à un coût de négociation non exorbitant. La faisabilité est d'autant plus forte qu'il existe déjà une compétence communautaire dans le domaine, que les régulations nationales aujourd'hui en vigueur sont similaires et que les objectifs d'intérêt général que les différents pays souhaiteraient fixer à la régulation européenne sont proches.

Constitue également un critère favorable l'inexistence ou la faible utilité des régulations nationales dont la suppression deviendrait nécessaire – en partie au moins – si une régulation européenne était établie, tant pour éviter des conflits de compétence que pour limiter les dépenses de fonctionnement. Dans certains secteurs de réseaux, il n'existe pas encore, à quelques rares exceptions près, d'autorités nationales de régulation, (postes, chemins de fer par exemple). Dès lors, peut-être serait-il avisé de passer directement dans ces secteurs à l'étape du régulateur européen.

L'utilité de la régulation européenne dépend aussi de l'intégration réalisée au niveau des stratégies d'entreprises, du degré de concurrence déjà atteint sur les différents marchés nationaux et de l'ampleur des restructurations déjà réalisées entre opérateurs dans chacun des pays. Dans les secteurs où un oligopole s'est mis en place à l'échelle du marché européen, autour de quelques grands acteurs généralement issus des opérateurs historiques occupant une position dominante, voire exclusive, sur leur marché national, une fonction européenne de régulation se justifie mieux.

Il est possible de rattacher la question de la sécurité des réseaux aux critères de faisabilité. En effet, la question de la sécurité apparaît importante et l'opinion publique y est sensible. La protection de l'environnement et de la sécurité des personnes constituent deux préoccupations actuelles majeures. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si plusieurs des agences communautaires existantes ou à l'étude se sont vues attribuer des compétences particulières dans ce domaine sensible. La réglementation de la sécurité dans l'exploitation des réseaux ne constitue toutefois qu'un des éléments de la fonction de régulation. Mais cet élément représente sans doute le plus puissant facteur de faisabilité susceptible de balayer les réticences institutionnelles. Il pourrait être utile de s'appuyer sur cette préoccupation avant de l'étendre à des préoccupations plus économiques.

D. Evaluation des critères

	Opportunité		Faisabilité
	<i>Pertinence de la maille de régulation européenne</i>	Fonction de négociation internationale	Capacité à bâtir une régulation européenne
Télécommunications	**	***	**
Télédiffusion par satellites	***	**	**
Poste	**	**	*
Electricité	**	**	***
Gaz	***	***	**
Transport aérien	***	***	***
Transports routiers de marchandises	**	*	**
Transport ferroviaire de voyageurs	**	*	*
Fret ferroviaire	***	*	**
Transports urbains	*	*	*
Eau	*	*	*

Assainissement/traitement des déchets	*	*	*
Câblo - distribution	*	*	*

II.4 – Les enjeux institutionnels et constitutionnels

La fonction de régulation se situe au confluent des trois catégories de pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Son insertion au sein de ces trois ordres pose des problèmes institutionnels et constitutionnels particulièrement délicats à résoudre. Ainsi, dans le système politique américain le pouvoir de régulation, parfois dénommé « *administrative power* », le « quatrième pouvoir » ou encore « l'exécutif du législatif et du judiciaire », a mis longtemps avant d'asseoir pleinement sa place dans l'équilibre institutionnel⁷². En Europe, ces problèmes tiennent au maintien de l'équilibre institutionnel de l'Union européenne (A), et plus particulièrement à son respect en cas de délégation de pouvoirs (B). Un exemple de réagencement des compétences existe déjà avec le pouvoir monétaire communautaire (C).

A. Le pouvoir de régulation dans l'équilibre institutionnel de l'Union Européenne

Bien qu'en règle générale la mise en œuvre des politiques communautaires soit dévolue aux Etats membres, dans certains cas les traités prévoient une mise en œuvre au niveau communautaire, dans le but d'assurer la cohérence de l'action et d'harmoniser l'application des textes, afin notamment de prévenir les distorsions de concurrence résultant d'applications différenciées. Ainsi en est-il, par exemple, de l'application des règles de concurrence.

La fonction de régulation européenne relève d'une démarche que l'on pourrait qualifier de « communautarisation décentralisée ». Celle-ci se heurte à une double réticence :

- celle des **Etats membres à déléguer à la Commission** les pouvoirs – ou une partie des pouvoirs – de régulation qu'ils exercent, dans le cadre du principe de subsidiarité ;
- celle du **Conseil et de la Commission à déléguer leurs pouvoirs à un organe subsidiaire**, *a fortiori* s'il est doté d'un statut d'indépendance.

La construction d'une fonction de régulation à l'échelle européenne pose en réalité des questions de nature constitutionnelle, concernant l'équilibre des pouvoirs et des institutions au sein de l'Union européenne.

⁷² Voir la contribution de Christian Stoffaës, *infra* annexe IV.b.

A cet égard, la notion d'équilibre des pouvoirs se présente très différemment des deux côtés de l'Atlantique⁷³. L'Union européenne ne fonctionne pas sur le principe de séparation des trois pouvoirs que distingue Montesquieu, mais sur la « compétence partagée » dans l'exercice du pouvoir législatif. Le principe d'organisation des pouvoirs de l'Union européenne est celui de la représentation équilibrée des intérêts, entre les Etats – le Conseil -, la Communauté, - la Commission - et le «peuple assemblé », - le Parlement - avec des règles constitutionnelles différentes selon les matières en cause. Lorsque les intérêts nationaux sont prépondérants, par exemple en matière fiscale, le vote à l'unanimité du Conseil est requis, principe qui vient d'être confirmé à la suite des débats de la Convention pour l'avenir de l'Europe. Lorsque l'intérêt communautaire prévaut, le Conseil légifère à la majorité qualifiée, comme c'est le cas par exemple pour les textes relatifs au Marché intérieur.

Dans le processus législatif communautaire, la Commission dispose d'un privilège décisif : le monopole du pouvoir de proposition des textes, qui lui confère notamment la maîtrise du calendrier législatif. Le Conseil quant à lui vote les textes, seul ou avec le Parlement européen selon la procédure applicable. Dans certains cas le Parlement européen n'émet qu'un avis, dans d'autres l'association est renforcée par la mise en œuvre de la procédure dite de coopération, dans d'autres encore il y a une véritable codécision du Conseil et du Parlement européen.

Ce monopole de proposition dans l'exercice du pouvoir normatif constitue le fondement du rôle de la Commission et la base de ce qu'on appelle la « méthode communautaire ». Les gardiens de ce principe font valoir que c'est sur cette méthode que, depuis près d'un demi-siècle, la construction européenne a pu s'affirmer avec succès en particulier pour réaliser le Marché Intérieur.

Le respect de l'équilibre institutionnel dans le partage des compétences législative et exécutive, s'agissant de la délégation à des organes subsidiaires, est contrôlé par la Cour de Justice.

B. Le pouvoir de régulation et les conditions de sa délégation⁷⁴

Les conditions de délégation permettant l'exercice de la fonction de régulation sont au cœur de la problématique de l'équilibre institutionnel. L'encadrement par la Cour de Justice des Communautés Européennes de ces conditions de délégation caractérise le schéma qui s'impose pour la garantie de l'équilibre institutionnel formulé par les traités.

Si la Commission exerce en vertu de l'article 211, alinéa 4 CE les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit, une délégation de ses pouvoirs à des organismes tiers, par exemple des agences, est possible sous certaines conditions.

Toutefois, cette possibilité de déléguer est encadrée par la Cour dans son arrêt *Meroni/Haute Autorité* en date du 13 juin 1958 (9/56, Rec. p.18) qui, bien que relativement ancien, continue de faire autorité.

⁷³ Ces développements doivent beaucoup à la contribution présentée par le Professeur Giandomenico Majone, « *European Regulatory Agencies – The Dilemma of Delegation of powers in the European Union* », au séminaire sur les agences européennes de régulation organisé à l'initiative d'ISUPE par le GEPE et l'Institut Affari Internazionali (IAI), Rome, 26 juin 2003.

⁷⁴ Voir la contribution de Christophe Lemaire, *infra* annexe IV.f.

La Cour en a fixé les limites, en précisant, d'une part, que la délégation des «*pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante*» était possible, alors que, d'autre part, la délégation d'«*un pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique*» en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opérerait un véritable déplacement de responsabilité et ne pouvait en conséquence être envisagée.

Dans son arrêt *Romano* du 14 mai 1981, la Cour a ainsi confirmé que le Conseil ne pouvait pas habiliter des organismes tiers «*à arrêter des actes revêtant un caractère normatif*».

La Cour motive cette position en soulignant dans l'arrêt *Meroni* que l'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, est une garantie fondamentale accordée par le Traité, et «*que la délégation d'un pouvoir discrétionnaire à des organes autres que ceux établis par le Traité pour exercer et contrôler ce pouvoir dans le cadre de son mandat, aurait pour effet de rendre cette garantie inopérante*». Par cette opinion, la Cour de justice fait jouer aux principes de l'équilibre des pouvoirs et de partage des compétences un rôle analogue à celui que joue la séparation des pouvoirs dans la démocratie constitutionnelle.

Le respect de ce principe justifie la réticence du Conseil et de la Commission à déléguer son pouvoir normatif à des agences exécutives et, *a fortiori*, à des autorités indépendantes.

D'ailleurs, le Livre Blanc sur la gouvernance européenne dans sa section consacrée à «*une meilleure application des règles de l'Union à travers des agences de régulation*» énumère les conditions à réunir pour la création de telles agences, en insistant particulièrement sur les conditions négatives. Si elles peuvent être investies du pouvoir de prendre des décisions individuelles dans des domaines strictement encadrés, les agences, en application de la jurisprudence de la Cour, ne peuvent prendre de mesures à caractère normatif.

Ainsi, il est possible – dans les secteurs de réseaux où cela apparaît utile – de créer des autorités communautaires de régulation sur le fondement du traité CE dans sa version actuelle dès lors que ces autorités ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique. En revanche, il est possible de leur confier un pouvoir de décision individuelle, d'information, d'enquête, voire aussi de sanction et de règlement des différends.

Cela étant, la complexité croissante de l'exercice de la fonction de régulation à l'échelle européenne fait apparaître un vide institutionnel. Entre le niveau supranational d'élaboration des règles générales et le niveau national de leur mise en application, se manifeste un «*chaînon manquant*», celui d'un espace de régulation européen. Cet espace de régulation européen à construire serait appelé à associer au sein d'un système intégré cohérent, selon une architecture à définir, les entités européennes, à la fois nationales et supranationales, investies de compétences en matière de régulation. Cette construction ne peut se faire qu'à travers une modification du Traité prévoyant expressément cette délégation, si l'on veut que les entités européennes en cause puisse exercer des pouvoirs plus étendus que ceux précédemment évoqués.

C. Un exemple d'espace de régulation : les marchés monétaires et financiers⁷⁵

Un exemple concret de mise en place d'un « espace de régulation européen » existe d'ores et déjà avec la politique monétaire communautaire. La Banque Centrale Européenne (BCE) et le Système européen des banques centrales (SEBC) constituent aujourd'hui un exemple d'un tel espace : une autorité indépendante régie par un mandat fixé par un Traité ; une articulation du pouvoir avec les régulateurs nationaux, les instituts d'émission nationaux ; une articulation avec le niveau communautaire, le Conseil Ecofin et le commissaire aux affaires monétaires.

L'intégration croissante du marché et la nécessité de protéger la stabilité des changes entre monnaies européennes ont conduit à une coopération monétaire d'intensité croissante, jusqu'à déboucher sur la mise en commun des instruments. Les parités fixes, les règles de convergence posées par le Traité de Maastricht de 1992, renforcées par le Pacte de stabilité et de croissance de 1997, la coopération renforcée entre instituts d'émission ont débouché, en 2001, sur une monnaie unique. L'objectif de rigueur monétaire et de désinflation, condition préalable de la convergence des monnaies et de la stabilité des taux de change, a, en outre, conduit à ériger les instituts d'émission, dans leurs pays respectifs, en autorités indépendantes de leurs gouvernements.

Analysée économiquement en termes de régulation d'un marché particulier -le marché monétaire- la création de l'euro se décrit est l'aboutissement d'un processus conduit sur un quart de siècle, où la coopération des gouvernements a progressé parallèlement à la coopération des « régulateurs » -les banques centrales nationales elles-mêmes devenues indépendantes de leurs gouvernements nationaux- pour aboutir enfin à l'équivalent d'une « autorité européenne de régulation du marché monétaire ». Le projet de Constitution, adopté le 10 juillet 2003 par la Convention sur l'avenir de l'Europe, range la BCE parmi les institutions de l'Union⁷⁶.

La création de l'euro a fortement stimulé l'intégration des marchés financiers. On dénombre actuellement une quarantaine d'autorités publiques concernées par la régulation des marchés financiers en Europe, nombre qui va encore s'accroître avec l'élargissement.

Jusqu'à présent, trois instruments ont été mis en œuvre pour réaliser le marché unique des valeurs mobilières : l'harmonisation minimale des standards de supervision, la reconnaissance mutuelle de la compétence des institutions nationales pour l'application des standards, l'attribution du contrôle aux autorités du pays d'origine. Toutefois, le besoin se fait sentir d'une harmonisation plus poussée et d'une centralisation de la régulation.

⁷⁵ Inspiré par l'intervention du Professeur Giandomenico Majone, «*European Regulatory Agencies – The Dilemma of Delegation of powers in the European Union* » lors du séminaire organisé le 26 juin 2003 à Rome à l'initiative d'ISUPE, par l'Institut Affari Internazionali (IAI) et le Groupe d'études politiques européennes (GEPE) sur les agences européennes de régulation.

⁷⁶ Partie I, Titre IV, Chapitre II, article I.29.

A cet égard, le Plan d'Action sur les Services Financiers (PASF) du Conseil européen de Cologne de juin 1999, a adopté quarante-deux mesures à prendre pour éliminer les barrières qui s'opposent à un marché financier unifié. Un Comité des Sages a été mis en place en 2000, dont le rapport, dit rapport Lamfalussy du nom de son président, a élaboré la stratégie de mise en œuvre, dont l'échéance est fixée à 2005.

La perspective d'une autorité boursière européenne, l'équivalent de la SEC américaine (*Security and Exchange Commission*), commence d'être évoquée avec de plus en plus d'insistance.

III – LES FORMES INSTITUTIONNELLES D’UNE RÉGULATION COMMUNAUTAIRE

Une fois déterminée l’utilité d’une fonction communautaire de régulation, la question se pose de savoir sous quelle forme institutionnelle elle doit s’exercer.

A cet égard, les travaux entrepris ont permis d’identifier trois voies particulières : le renforcement des modèles de coopération existants (III.1), la création d’observatoires (III.2) et la création d’autorités communautaires de régulation (III.3). Ces voies ne sont d’ailleurs pas exclusives les unes des autres.

A titre liminaire, il convient de préciser que la caractéristique spécifique des problématiques sectorielles conduit à écarter les formes institutionnelles transversales pour privilégier les formes institutionnelles sectorielles.

III.1 – Le renforcement des modèles de coopération existants

La première option envisageable dans le cadre de la recherche des formes institutionnelles d’une régulation communautaire pourrait consister à renforcer les modèles de coopération existants.

A cet égard, trois voies sont envisageables :

En premier lieu, il peut être souhaitable d’inviter la Commission à utiliser davantage son propre pouvoir d’intervention. Dans ce cadre, certaines des personnes rencontrées ont souligné la nécessité pour la Commission d’utiliser davantage les outils juridiques à sa disposition, et notamment le recours en manquement. Il convient en effet de rappeler que la Commission joue un rôle central dans la mise en œuvre du droit communautaire et dans le contrôle de son application. Ainsi, il est apparu que la Commission pourrait poursuivre plus systématiquement, par le biais du recours en manquement, les Etats dans lesquels les autorités de régulation nationale sont déficientes.

En deuxième lieu, le Conseil pourrait introduire dans chaque directive ou règlement de libéralisation des dispositions visant à créer des comités réunissant des représentants des Etats membres remplissant des fonctions d’expertise et de conseil. Comme cela a déjà été dit, cette voie a depuis de longues années été empruntée dans certains secteurs, comme celui des télécommunications, et se développe dans d’autres comme celui des échanges transfrontaliers d’électricité et du gaz naturel.

Si cette voie devait être approfondie, il conviendrait alors de s’interroger sur la manière la plus appropriée de mieux associer les autorités de régulation des Etats membres aux travaux de ces comités.

En troisième lieu, il pourrait être opportun d’institutionnaliser au niveau communautaire des groupes de régulateurs sectoriels nationaux et de leur attribuer certaines compétences en soutien de la Commission. Comme cela a été largement développé précédemment, c’est la voie actuellement

suivie dans les secteurs des télécommunications, avec la mise en place du «GRE», des valeurs mobilières, avec le CESR et de l'énergie, avec le CEER.

Toutefois, dans sa forme actuelle, ce mode d'association des régulateurs nationaux apparaît relativement limité dans la mesure où ces groupes ne disposent d'aucun pouvoir particulier et sont cantonnés à un rôle consultatif. Certes, ils ont le mérite de créer un cadre officiel pour la rencontre des régulateurs. Toutefois, les travaux de ces groupes ne débouchent sur aucune décision de caractère contraignant. Il faut cependant reconnaître qu'en pratique, leurs travaux et leurs prises de positions exercent une certaine influence, notamment pour l'élaboration de nouvelles réglementations, et sont généralement suivies au niveau national et européen.

Si les formes de coopération existantes se sont développées indépendamment les unes des autres, il semble que pour l'avenir il ne soit pas possible de privilégier seulement l'une d'entre elles. En effet, le renforcement des pouvoirs de la Commission ne saurait à lui seul vraisemblablement suffire. Il conviendra dans toutes les hypothèses de créer un cadre institutionnel adéquat pour que la coopération des régulateurs nationaux puisse se développer.

Cette première option, qui peut se suffire à elle-même, pourrait également constituer la première étape d'une évolution plus profonde des formes institutionnelles d'une régulation communautaire, comme la création de véritables autorités sectorielles de régulation au niveau communautaire.

A côté de cette option, la recherche des formes institutionnelles d'une régulation communautaire peut également s'orienter vers la création d'observatoires.

III.2 – La création d'observatoires

Comme cela a été dit dans la deuxième partie de ce rapport, si les premières expériences acquises en matière d'évaluation ne peuvent qu'être soutenues et encouragées, elles s'avèrent encore le plus souvent insuffisantes.

Or l'intérêt d'une bonne évaluation a été à maintes reprises souligné tant par les institutions communautaires, que par les Etats membres, les régulateurs nationaux et les opérateurs eux-mêmes. En effet, des évaluations rigoureuses et régulières des performances des industries de réseaux et des services qu'elles fournissent offriront aux autorités des indicateurs indispensables pour la prise de décision politique. Elle permettront encore d'assurer la promotion de la concurrence et de la compétitivité, en évitant notamment que subsistent des situations anticoncurrentielles ou des obstacles aux échanges. Elles doivent encore aider à déterminer si l'ouverture des marchés répond aux objectifs sociaux et économiques de l'Union européenne. Elles permettront enfin de comparer objectivement les performances des différents dispositifs mis en place par les Etats membres, notamment en matière de régulation, quand la matière n'a pas été harmonisée de manière exhaustive au niveau communautaire.

Si la nécessité de mettre en place des mécanismes rigoureux et réguliers d'évaluation fait aujourd'hui l'unanimité, il n'en demeure pas moins que la question de son organisation institutionnelle

n'est pour le moment que très rarement évoquée. A cet égard, et compte tenu des insuffisances relevées dans le deuxième partie de ce rapport, il peut être opportun de créer un ou plusieurs observatoires indépendants de la Commission en charge de missions d'évaluation.

Dans ce cadre, deux solutions au moins sont envisageables.

La première option consiste à créer un observatoire transversal, à compétence horizontale, chargée de procéder à des évaluations pour l'ensemble des industries en charge de services d'intérêt économique général. Cette solution a notamment été préconisée par le projet de rapport sur le Livre Vert sur les SIG de la Commission économique et monétaire du Parlement européen⁷⁷. En effet, ce projet préconise la mise en place d'une évaluation indépendante de la Commission, placée sous la responsabilité du Parlement européen. Elle avait également été soutenue par le Parlement européen dans son rapport du 17 octobre 2001 relatif à la communication de la Commission sur «Les services d'intérêt général en Europe»⁷⁸ ainsi que par la France dans son mémorandum sur les services d'intérêt économique général du 27 juillet 2001.

La seconde option consiste à mettre en place des observatoires sectoriels. Cette solution a reçue le soutien d'opérateurs consultés par le groupe de travail, notamment dans les secteurs postal, ferroviaire, voire électrique. L'intérêt des opérateurs pour des observatoires sectoriels s'explique en partie par le fait qu'une évaluation trop générale et trop horizontale ne permettrait pas de refléter avec justesse l'état de tous les secteurs. Il est en effet délicat de comparer les performances de secteurs aussi différents que les secteurs postal et électrique par exemple. De plus, force est de constater qu'au niveau national, il n'existe généralement pas d'observatoires horizontaux.

Bien entendu, en pratique, il est encore possible de concilier ces deux approches. Pour tenir compte des observations formulées notamment par les opérateurs, il est clair que si des observatoires devaient voir le jour il serait préférable qu'ils s'organisent sous une forme sectorielle. Cela étant, la mise en place d'observatoires sectoriels n'exclut pas qu'ils développent des méthodologies communes, voire même de confier ensuite à une autre entité le soin d'effectuer régulièrement un rapport général sur la question des services d'intérêt économique général.

III.3 – La création d'autorités communautaires de régulation sectorielle

La troisième option envisageable est la création d'autorités communautaires de régulation sectorielle. Cette idée n'est pas nouvelle. Toutefois, aucune autorité communautaire de régulation sectorielle n'a encore vu le jour et ce alors que se multiplient les agences sectorielles dans de nombreux secteurs, tels que le transport maritime, le transport aérien, le transport ferroviaire, le secteur des télécommunications ou de l'Internet⁷⁹.

⁷⁷ Voir le projet de rapport sur le livre vert sur l'avenir des services d'intérêt général dans l'Union européenne du 18 juin 2003, Rapporteur Philippe Herzog, Commission économique et monétaire du Parlement européen, PE 323.188.

⁷⁸ Rapport de la Commission économique et monétaire, du 17 octobre 2001, PE 296.003, rapporteur M. Werner Langen.

⁷⁹ Voir *supra* I.3.

Si la création de telles autorités ne s'impose peut-être pas dans tous les secteurs avec la même force et si leur apparition pourra, le cas échéant, s'effectuer à plus ou moins longue échéance selon les industries concernées, il n'en demeure pas moins que la question de leur création se pose à présent avec acuité. Les développements consacrés par la Commission sur cette question dans son Livre Vert sur les services d'intérêt général en attestent, tout comme les débats qui ont eu lieu au sein des réseaux de régulateurs, comités, forums et autres instances de coopération, conscients de la complexité des systèmes mis en place.

La faisabilité d'une autorité européenne de régulation peut être appréciée de manière très contrastée dans les divers cas. Il ne suffit pas en effet que l'opportunité soit démontrée pour que la faisabilité soit aisée. Toute création institutionnelle nouvelle suscite des réticences, tant de la part des administrés – les opérateurs, les usagers, les consommateurs – que des administrations concurrentes - les services de la Commission, et en premier lieu la Direction générale de la Concurrence investie de la fonction de surveillance de l'application des règles de concurrence, les gouvernements des Etats Membres et leurs ministères, les régulateurs nationaux ou subnationaux (par exemple les *länder* en Allemagne).

Aux réticences traditionnelles à la communautarisation exprimées de la part des autorités nationales s'ajoutent les réticences des services de la Commission peu désireux de se dessaisir de pouvoirs au profit d'autorités plus ou moins indépendantes et les obstacles constitutionnels, limitant étroitement la délégation du pouvoir de décisions et prohibant la délégation d'un pouvoir normatif de portée générale ou celui de trancher des litiges. La possibilité de créer des autorités de régulation rencontre en effet plusieurs obstacles. En premier lieu, se pose la question du choix d'une base juridique. En second lieu, les pouvoirs qui sont susceptibles d'être transférés à ces autorités à traité constant sont limités.

Dans ce cadre, nous proposons de dresser, dans un premier temps, une liste de critères qui permettent de déterminer si les conditions de création d'autorités communautaires de régulation sectorielle sont réunies (A).

Dans un deuxième temps, nous rechercherons quelles devraient être les modalités de fonctionnement de ces autorités (B).

Enfin, dans un troisième temps, nous illustrerons ces propos par l'identification d'un ou plusieurs secteurs dans lesquels le développement d'une régulation communautaire et la mise en place d'une autorité de régulation pourraient être opportuns (C).

A - Les critères pour les autorités de régulation

Avant de s'interroger sur les critères qui permettront de déterminer, le cas échéant, si les conditions de création d'autorités communautaires de régulation sectorielle sont réunies, il semble

opportun de rappeler quelles sont les principaux éléments qui ont conduit à la création d'autorités de régulation au niveau national⁸⁰.

C'est sous l'impulsion du droit communautaire que les autorités de régulation se sont développées au niveau national. Plus précisément, la création de ces autorités résulte de la conjonction de deux phénomènes. Le premier est bien entendu la libéralisation entreprise par la Commission et le législateur communautaire depuis une quinzaine d'années environ. Le second résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier en droit de la concurrence, qui impose des exigences d'indépendance, d'impartialité et de respect de l'égalité des chances entre opérateurs.

Il résulte de ces phénomènes que le cumul des fonctions de régulateur et d'opérateur, voire également celui de régulateur et d'actionnaire, est aujourd'hui proscrit. On ajoutera également que, dans un cadre plus général, d'autres conflits d'intérêts existent au sein de l'Etat, tenant notamment à la nécessité d'articuler différentes exigences politiques. Dans ces conditions, le Gouvernement ne pouvait continuer à exercer lui-même les fonctions de régulation.

En libéralisant leurs industries de réseaux, les Etats devaient également envisager de réformer leur organisation institutionnelle. Plusieurs options se présentaient à eux. En particulier, pour mettre en œuvre les principes posés par la législation et la jurisprudence communautaires, les Etats pouvaient se contenter de transférer les fonctions de régulation à des entités indépendantes existantes, comme les autorités de concurrence. Cependant, ce n'est pas ce choix qui a été opéré par la très grande majorité des Etats membres, qui ont préféré créer de véritables autorités sectorielles de régulation indépendantes.

L'exigence de séparation des fonctions, telle que l'on vient de la présenter, n'est pas la seule raison ayant conduit à la création des autorités sectorielles de régulation. D'autres facteurs peuvent encore être recensés. On notera ainsi la nécessité d'avoir des autorités susceptibles de réagir avec suffisamment de rapidité et de souplesse aux éventuels problèmes liés à l'ouverture du marché. Il en va de même de la technicité des secteurs concernés, rendant nécessaire la mise en place d'autorités présentant un haut niveau d'expertise. Ensuite, les fonctions des autorités de régulation diffèrent sensiblement de celles assignées traditionnellement aux autorités de concurrence. En particulier les procédures, les outils et les objectifs des autorités de concurrence ne correspondent pas aux procédures et outils dont ont besoin les autorités de régulation et aux objectifs qui leur sont assignés. Ces différents facteurs étaient autant d'éléments favorables à la création d'autorités sectorielles de régulation au niveau national.

Quand on examine la question de la création d'autorités sectorielles de régulation au niveau communautaire, force est de constater que les facteurs évoqués précédemment ne jouent plus nécessairement le même rôle. Ainsi, par exemple, la question de la séparation des fonctions de

⁸⁰ Il faut aussi avoir en mémoire les critères qui ont fondé l'approche américaine des autorités fédérales (voir annexe IV.b, contribution de Christian Stoffaës) qui sont à la fois techniques – à savoir le manque d'expertise technique, l'encombrement et la paralysie des tribunaux, l'insuffisante réactivité des procédures judiciaires et administratives – et politiques – à savoir la neutralité, l'indépendance, la transparence, la garantie des procédures (*due process of law*) ; la défiance à l'égard de l'arbitraire des décisions administratives (*abuse of discretion*) ; la protection contre l'influence des groupes d'intérêts et le contrôle des conflits d'intérêt.

régulateur et d'opérateur ne se pose pas dans la mesure où il n'existe pas d'entreprises publiques européennes ni d'Etat-actionnaires européens.

En revanche, certains des autres facteurs déjà évoqués, auxquels il convient d'en ajouter de nouveaux, peuvent s'avérer pertinents.

Ainsi, la création progressive d'autorités européennes sectorielles de régulation peut sembler souhaitable, le moment venu, dans certains domaines. Elle serait particulièrement justifiée dans les domaines où l'un au moins des critères suivants, et la liste n'est pas exhaustive – elle est même susceptible d'évoluer en fonction des avancées de la construction communautaire – est rempli.

Le premier critère est lié à la question de **la représentation**. En effet, là où un responsable mériterait d'être plus clairement identifié, une autorité communautaire de régulation pourrait utilement être créée.

Ce besoin est particulièrement important quand il s'agit de conduire des négociations avec des partenaires extra-européens. Les secteurs du transport aérien et des satellites constituent dans ce cadre des exemples topiques.

Un deuxième critère est le **besoin de visibilité, de stabilité et de responsabilisation**, qui apparaît quand l'on cherche à identifier avec la plus grande précision la responsabilité des autorités appelées à intervenir dans un secteur. La création d'autorités communautaires de régulation permettrait ainsi d'identifier l'autorité décisionnelle. Personnellement investie d'une mission, cette autorité serait responsable de sa bonne exécution. Elle pourrait être désavouée en cas d'échec. L'analyse des insuffisances liées à l'attribution des licences UMTS dans la deuxième partie de ce rapport fournit une illustration de ce besoin.

Le troisième critère est lié à **l'indépendance**. En effet, dans les domaines où il pourrait être nécessaire d'assurer une certaine indépendance par rapport à la Commission ou au Conseil, en tant que représentant des Etats membres, la création d'une autorité communautaire de régulation serait opportune.

Les décisions en matière de régulation portent sur des matières sensibles, où sont en jeu des intérêts économiques, sociaux et financiers parfois considérables. Il faut donc protéger les autorités décisionnelles du jeu des influences et des pressions politiques, même si celles-ci sont le fondement même de la démocratie représentative.

Il est vrai que, par nature la Commission est indépendante des Etats. Elle n'est en principe pas non plus soumise à la pression exercées par les opérateurs dans la mesure où, contrairement aux Etats membres, elle n'intervient pas indirectement en tant qu'opérateur sur les marchés.

Cela étant, la multiplication des tâches confiées à la Commission rend parfois délicate la conciliation d'intérêts divergents des différentes directions. La création d'une autorité communautaire de régulation permettrait de résoudre cette difficulté.

Le quatrième critère tient à **la complexité du système** de régulation. En effet, l'ouverture des marchés à la concurrence a conduit non seulement à une modernisation des règles applicables aux secteurs concernés mais aussi, d'un point de vue général, à une multiplication de ces règles. De plus, de nouvelles autorités ont été créées au niveau national pour les mettre en œuvre. Comme il l'a été montré précédemment, plusieurs formes de coopération se sont par ailleurs développées au niveau

communautaire, que ce soit la création de comités, d'organes de coopération des régulateurs nationaux ou encore le développement de forums ou d'associations regroupant des acteurs des secteurs concernés.

La complexité de ce dispositif pourrait être simplifiée par la création de nouvelles autorités sectorielles de régulation au niveau communautaire. Il est indispensable que la création de ces autorités ne conduise pas un accroissement de la complexité existante. Il est également indispensable que leur création ne nuise pas à la nécessaire stabilité des règles. Ces deux préoccupations ont en particulier été exprimées par les opérateurs rencontrés dans le cadre de l'élaboration de ce rapport.

Dans ces conditions, la création d'autorités sectorielles de régulation communautaire ne paraît envisageable que si ces autorités se substituent aux formes de coopération existantes et si elles disposent de véritables pouvoirs décisionnels, actuellement détenus par d'autres autorités. Il faut alléger et simplifier, et non alourdir et compliquer. Si un échelon supplémentaire doit être créé, il faut alléger par ailleurs. A cet égard, certains des opérateurs rencontrés par le groupe de travail se sont interrogés sur le maintien des autorités nationales de régulation dans l'hypothèse où des autorités sectorielles de régulation devaient être créées au niveau communautaire. Pour autant, le principe de subsidiarité doit être respecté. La combinaison de ces deux critères conduit à restreindre la création d'autorités européennes à des cas où le besoin est impératif.

Enfin, la **technicité et la réactivité** indispensables à la régulation d'un secteur justifieraient l'institution d'une autorité spécialisée et permanente.

Les secteurs de réseaux qui s'ouvrent progressivement à la concurrence présentent au moins deux particularités :

- d'une part, ces secteurs présentent une dimension technique importante, qui se reflète d'ailleurs dans les textes qui les encadrent. L'élaboration des tarifications constitue par exemple une opération délicate nécessitant un haut niveau d'expertise.

- d'autre part, ces secteurs nécessitent le plus souvent une très grande réactivité. Les premières années de libéralisation ont montré combien il était important pour les opérateurs de pouvoir faire appel à des autorités spécialisées disposant de véritables pouvoirs et capables de répondre à leurs problèmes dans les plus brefs délais. Cette exigence varie bien entendu selon les secteurs. Elle est particulièrement grande dans les secteurs où les évolutions technologiques sont importantes, comme le secteur des télécommunications. Contrairement aux autorités de concurrence, intervenant *ex post*, les autorités de régulation interviennent *ex ante*. De plus, le plus souvent, la loi limite les délais dont elles disposent pour rendre leurs décisions.

L'expérience acquise au niveau national confirme que ces exigences de technicité et de réactivité sont mieux prises en compte quand des autorités de régulation ont été mises en place.

Ces exigences seraient également mieux satisfaites au niveau communautaire par l'institution d'autorités sectorielles de régulation.

B - Le fonctionnement des autorités de régulation

La création d'autorités européennes de régulation conduit à définir le point d'équilibre entre l'indépendance dont elles doivent être dotées, pour que leur action puisse s'inscrire dans la durée et soit préservée des influences politiques, et les contrôles auxquels elles doivent être soumises, pour qu'elles rendent compte de leurs décisions et des résultats obtenus et supportent la responsabilité

des erreurs qu'elles pourraient commettre. Une question analogue s'est déjà posée à l'échelon national et a reçu des réponses dont il est loisible de s'inspirer.

Pour rechercher et définir ce point d'équilibre dans le fonctionnement des autorités, il est nécessaire d'aborder les questions liées à leurs compétences, à leur gouvernance, et en particulier à leur composition, à leur évaluation et à leur contrôle.

Au préalable il convient d'observer que la **dénomination** des organes à créer pour assurer les fonctions de régulation communautaires est un point critique. Pour les distinguer des agences existantes –y compris des agences dites par la Commission de «régulation»– qui constituent un ensemble éclectique, comme nous avons eu l'occasion de l'exposer précédemment, et que leur dénomination même cantonne à la simple assistance aux services de la Commission, il est proposé de retenir l'appellation d'Autorité.

Comme son nom l'indique, une Autorité exerce des **pouvoirs** de décision de nature politique et est dotée d'une certaine marge d'appréciation pour prendre des mesures à caractère politique, alors que les pouvoirs d'une Agence sont strictement limités à des tâches d'exécution.

L'Autorité de régulation dont il est question devra être dotée de la compétence de prendre des décisions, actuellement interdites aux agences *«impliquant une large liberté d'appréciation susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique»* (Meroni) et *«à arrêter des actes revêtant un caractère normatif»* (Romano) *«pour les domaines dans lesquels elles auraient à arbitrer entre des intérêts publics concurrents ; exercer un pouvoir discrétionnaire de nature politique ; entreprendre des évaluations économiques complexes ; [...] où le Traité donne un pouvoir direct de décision à la Commission»*⁸¹.

En pratique, parmi les compétences qui pourraient être confiées à ces autorités, on relèvera notamment : la planification et la programmation d'infrastructures ; les règles d'accès au marché : droits exclusifs, droits spéciaux, autorisation, licences, conventions ou contrats, cahiers des charges ; les règles de tarification et de financement public éventuel ; les règles permettant la coopération entre les acteurs ; la surveillance des conditions dans lesquelles sont assurés les services d'intérêt économique général. Ces compétences devraient prendre en compte prioritairement l'intérêt du consommateur, le développement de l'emploi, de l'innovation et de la compétitivité, la prise en compte de l'intérêt des territoires et des utilisateurs dans l'accès aux services et aux équipements.

Cette définition des pouvoirs de l'Autorité européenne pouvant excéder ce que le droit communautaire permet de confier à des organes décentralisés, il pourrait être nécessaire de modifier le Traité à cet effet pour autoriser leur création dans le cadre de la notion de «communautarisation décentralisée»⁸².

Le **système de gouvernance** de ces autorités doit être conçu en fonction des impératifs suivants :

⁸¹ Voir *supra* II.3.

⁸² Voir *supra* II.3.

- la légitimité à agir et à prendre des décisions susceptibles d'entraîner des conséquences économiques, sociales et financières importantes, ce qui milite pour un organe dirigeant de nature collégiale composé de personnalités reconnues comme experts de leur domaine et indépendantes dans une conception se rapprochant d'une cour de justice ;
- l'efficacité et la réactivité pour prendre des décisions rapides, ce qui milite pour un organe dirigeant resserré et un système de gouvernance de type managérial ;
- la capacité à surmonter la réticence des Etats membres à déléguer à la Commission une partie des pouvoirs de régulation qu'ils assument actuellement : ce qui milite pour un caractère intergouvernemental marqué de l'organe dirigeant ;
- la capacité à surmonter la réticence de la Commission à déléguer à un organe subsidiaire le pouvoir exécutif et le monopole des propositions législatives et réglementaires qui lui sont actuellement reconnus, ce qui milite pour une représentation substantielle de la Commission dans l'organe dirigeant, la possibilité donnée à la Commission de contester devant les juridictions communautaires les décisions de l'autorité, et un rôle dans la désignation du directeur exécutif.

Entre ces critères parfois concurrents, il convient de tracer des compromis délicats.

L'équilibre entre la représentation intergouvernementale et la représentation de la Commission pourrait être obtenu en donnant à la fois au Conseil et à la Commission la possibilité de désigner les membres de ces autorités.

En contrepartie, les dirigeants de ces autorités ne pourraient pas être démis de leurs fonctions avant la fin de leur mandat, qui serait suffisamment long, de l'ordre de cinq ou six ans, pour que leur action puisse s'inscrire et être jugée dans la durée.

En fonction des enseignements tirés des expériences en matière d'autorité de régulation⁸³, il est proposé de **constituer l'organe dirigeant sous la forme d'un collège** de commissaires réduit à cinq membres. Cette stricte limitation implique bien évidemment que les Etats membres n'y seront représentés que par rotation.

Afin d'assurer l'indépendance de ces autorités, la nomination des membres de leur instance dirigeante devrait être entourée de garanties de procédure. Les candidats devraient être entendus publiquement par un comité chargé d'évaluer leur mérites et de formuler une recommandation.

Le **directeur exécutif** pourrait être élu par le Collège, après avis consultatif de la Commission.

Afin d'assurer la large **représentation** des Etats membres, des professionnels et des experts, l'Autorité s'entourera de l'avis d'un Conseil de surveillance ou d'un Conseil scientifique. La

⁸³ Notamment l'expérience américaine, où l'excès de collégialité a pu être critiqué comme engendrant le conservatisme et la « capture » de l'autorité par les opérateurs régulés ; et l'expérience britannique, où l'excès de concentration de pouvoir aux mains d'un régulateur personne physique unique a pu être critiqué comme ouvrant la voie à l'arbitraire.

consultation des organes de coopération existants, tels que forums et associations d'opérateurs et autres acteurs pourrait être inscrite dans les statuts de l'Autorité.

Des **mécanismes de coopération** avec d'autres autorités devront également être mis en place. En particulier, il est nécessaire de prévoir une relation entre les autorités sectorielles de régulation et les autorités de concurrence, en particulier avec la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne, sur le modèle par exemple de ce qui existe en France entre l'ART, la CRE et le Conseil de la concurrence. En effet, si les règles que ces deux catégories d'autorités ont à appliquer sont complémentaires, ces autorités ont des compétences qui interfèrent les unes sur les autres. Il est donc nécessaire qu'elles coopèrent.

De même, si des autorités de régulations nationales devaient subsister, pour une période donnée ou pour exercer des compétences qui ne relèvent pas de l'autorité communautaire, il conviendrait alors d'organiser des mécanismes de coopération entre ces différentes autorités. Il faudra également que les règles définissent le plus clairement possible les compétences de chaque autorité et qu'elles définissent le cas échéant des procédures de règlement des conflits.

Le Parlement serait en mesure **d'évaluer l'action de ces autorités** de plusieurs manières. Un rapport, établi annuellement par chaque autorité et rendu public, rendrait compte de leur activité, indiquerait les résultats obtenus et exposerait les objectifs recherchés pour l'année suivante. Le président de chaque autorité adresserait ce rapport au Parlement et serait entendu et questionné par la ou les commissions compétentes. A tout moment, le Parlement pourrait demander au président de chaque autorité de venir expliquer et justifier devant une commission ou en assemblée plénière les décisions prises. Enfin, le budget de chaque autorité serait, dans ses grandes masses, soumis à l'approbation du Parlement. Pour autant, le Parlement ne pourrait ni censurer l'action d'une autorité, ni mettre fin au mandat de ses dirigeants.

La gestion administrative et financière des autorités serait soumise aux mêmes contrôles que ceux qui s'exercent sur les services de la Commission. En particulier, la Cour des comptes serait naturellement compétente pour examiner leurs comptes et sanctionner les irrégularités éventuellement commises.

Les décisions individuelles prises par les autorités ne pourraient pas être réformées par la Commission. En effet, retenir une telle solution priverait de toute réalité la notion même d'indépendance. Toutefois, **ces décisions pourraient être déférées devant les juridictions communautaires** par les institutions européennes, par les Etats membres et par les personnes intéressées. Ces juridictions pourraient non seulement annuler, mais aussi réformer les décisions qui seraient contraires au droit communautaire. Une telle solution paraît préférable à la création de chambres des recours internes, car celle-ci poserait l'épineuse question de la composition de ces chambres et de leur rôle par rapport aux autorités elles-mêmes et serait source d'un allongement des délais globaux de règlement des affaires. En outre des recours en responsabilité pourraient évidemment être introduits par les personnes qui estimeraient avoir subi un préjudice du fait d'une action irrégulière d'une autorité.

Enfin, et c'est là sans doute l'essentiel, la Commission, le Conseil et le Parlement pourraient naturellement, s'ils estiment qu'une autorité ne respecte pas les objectifs qui lui ont été impartis par

ses textes institutifs ou qu'elle remplit pas convenablement sa mission, changer la règle du jeu, c'est à dire modifier les dispositions des directives ou des règlements qu'elle est chargée de mettre en œuvre ou réduire ou encadrer l'exercice des pouvoirs qui lui ont été donnés.

Dans l'hypothèse où le recours aux autorités de régulation serait appelé à se développer, il serait opportun que le Conseil adopte une réglementation cadre qui serait fondée sur ces principes et qui porterait statut des autorités de régulation afin notamment d'encadrer leurs modalités de fonctionnement.

C – Illustration : le cas des secteurs des satellites et de l'Internet

Pour terminer cette partie consacrée aux autorités communautaires de régulation, nous avons souhaité illustrer les développements précédents en prenant appui sur les secteurs des satellites et de l'Internet. Dans ces secteurs de réseaux en effet, le développement d'une régulation communautaire et la mise en place d'une autorité de régulation apparaissent d'ores et déjà opportuns à beaucoup d'acteurs concernés.

Tout d'abord, **le secteur des licences satellitaires** semble le plus mûr et le plus disposé à la mise en place d'un régulateur européen. A l'heure actuelle, ainsi que le rappelle Jean-Michel Hubert, *« lorsque des futurs opérateurs satellitaires cherchent à obtenir une licence, ils sont appelés à faire « un tour d'Europe » avec des Etats où la réglementation peut varier. »*⁸⁴

Il paraît donc souhaitable d'harmoniser dans ce secteur les procédures réglementaires d'autorisation des licences et ainsi de favoriser un processus décisionnel plus efficace et cohérent au niveau communautaire. La mise en place d'une instance européenne permettrait en outre un dialogue plus constructif et équilibré avec la FCC et peut-être, à terme, un processus harmonisé à l'échelle mondiale. Une telle évolution serait la garantie d'une plus grande stabilité juridique⁸⁵, d'un rapprochement des taxes payées par les exploitants dans le cadre de l'attribution des licences, et partant d'un encouragement considérable à l'investissement des opérateurs.

Les opérateurs de ce secteur satellitaire appellent au demeurant de leurs vœux une meilleure coordination, voire une parfaite harmonisation des réglementations et de la régulation. L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a depuis plusieurs années proposé la mise en œuvre d'une licence européenne pour les télécommunications spatiales, permettant aux opérateurs de systèmes à satellites de bénéficier en Europe d'un cadre comparable à celui qui est disponible outre-Atlantique⁸⁶.

Un mouvement similaire se dessine dans **le domaine de l'Internet**. Ainsi, le Gouvernement constatait, à la suite de l'étude du Conseil d'Etat du 2 juillet 1998 sur Internet et les réseaux numériques, qu'une autorégulation de l'Internet s'était formée entre les groupes d'utilisateurs et les associations professionnelles, et qu'en outre plusieurs autorités administratives nationales couvraient

⁸⁴ Interview donnée par Jean-Michel Hubert dans la Lettre des Télécommunications n°47, parue le 13 décembre 1999.

⁸⁵ Et notamment éviter la limitation des ressources en fréquences et en position orbitale à moyen terme.

⁸⁶ http://www.finances.gouv.fr/societe_information/contributions/art.html.

certaines aspects de l'Internet (ART, CNIL, CSA) sans qu'aucune ne soit compétente exclusivement. Il était donc proposé la mise en place d'un organisme indépendant des pouvoirs publics, associant acteurs publics et privés, et chargé de veiller à la déontologie des contenus⁸⁷. Lors de la consultation publique sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information lancée en octobre 1999, une société, en réponse à la proposition gouvernementale de créer un organisme indépendant et consultatif de régulation des contenus, précisait que cette initiative devra s'inscrire dans une optique plus large « *afin d'éviter la démultiplication d'organismes concurrents ou nationaux qui pourrait « fragmenter » inutilement le débat* »⁸⁸.

Une autre entreprise insistait sur la nécessité pour le Gouvernement de promouvoir sur la scène communautaire et internationale les principes qu'il souhaitait voir appliquer en France, et sur le besoin d'adopter des règles compatibles et cohérentes avec celles des principaux partenaires. Cette convergence pourrait se traduire « *par la mise en réseau d'instances de (co)régulation des contenus des différents pays* »⁸⁹.

Si une harmonisation des réglementations et partant de la régulation du contenu de l'Internet paraît nécessaire, l'accent doit aussi être mis sur les contenus, les usages et l'accès de tous aux nouvelles technologies. Par exemple, l'architecture des noms de domaine, qui permet d'identifier les sites, doit être refondée à un niveau européen, afin notamment de favoriser le dialogue avec les Etats-Unis et d'être un contre-poids efficace et constructif à leurs propositions.

Une approche communautaire de l'Internet est d'autant plus pertinente, qu'au-delà des aspects techniques devant être rationalisés, la société de l'information concerne de très près le citoyen à travers des problématiques multiples de cohésion sociale et territoriale, d'accès à l'information, de pluralisme et de risque de « fracture numérique ». A une époque où le « citoyen européen » n'a de cesse d'être mis en avant⁹⁰, il paraît nécessaire et urgent que l'Union européenne promeuve une politique communautaire en la matière, dans laquelle une agence européenne aurait toute sa place.

Les secteurs des fréquences satellitaires et de l'Internet ne sont pas les seuls à apparaître proches de la maturité pour une autorité européenne. On peut aussi citer :

- les **échanges transfrontaliers d'électricité**, pour la fixation des conditions d'accès et de la tarification des réseaux de transit ;
- le **transport ferroviaire de marchandises** pour l'interopérabilité technique et l'attribution des sillons de transport transnationaux.

⁸⁷ http://www.finances.gouv.fr/societe_information : simple organisme de consultation et de concertation, il était envisagé pour cet organisme de : veiller à la déontologie des contenus véhiculés sur les réseaux ; être un forum d'information et d'observation des pratiques ; faire connaître aux acteurs la réglementation et la jurisprudence applicables ; élaborer et homologuer les contrats types et les codes de bonne conduite ; recueillir les observations des usagers et les signaler.

⁸⁸ http://www.finances.gouv.fr/societe_information/contributions/alcatel.htm. Voir aussi la contribution de Vivendi : http://www.finances.gouv.fr/societe_information/contributions/Vivendi.htm

⁸⁹ http://www.finances.gouv.fr/societe_information/contributions/telecom.htm

⁹⁰ Et encore récemment sur les services d'intérêt général : Beligh Nabli, « L'accès aux services d'intérêt général et la citoyenneté » in Jacques Vandamme et Stéphane Rodrigues, *L'accès aux services d'intérêt économique général*, ASPE, collection ISUPE, 2003.

Dans ces domaines, la création d'une agence aux pouvoirs strictement délimités, pourrait également être envisagée lorsque les conditions seront remplies et le consensus des acteurs réuni.

*
* *

CONCLUSION : Un espace européen de régulation

Délibérément, ce rapport n'a pas souhaité, en tranchant de manière définitive ou péremptoire, recommander la création immédiate d'autorités de régulation dans tel ou tel secteur. Plus modestement, il dégage une problématique, il démontre que la communautarisation de la fonction de régulation s'inscrit tout naturellement dans la dynamique actuelle du développement du marché unique européen.

Or, au sein de ce marché unique, dans les secteurs de réseaux, la formation d'un espace européen de régulation devient une réalité incontournable. Contrairement à ce que pouvaient penser à l'origine certains de ses promoteurs, la dérégulation entreprise dans le cadre du Marché intérieur n'a pas pour autant transformé les industries de réseaux en activités susceptibles d'être gérées seulement par les lois du marché et les règles de la concurrence. Elle a engendré un nouveau dispositif de régulation, englobant les systèmes de régulation nationaux. Cet espace européen est progressivement construit, occupé, animé par de multiples acteurs : fournisseurs de services, dont les stratégies industrielles s'inscrivent de plus en plus dans le champ européen ; gestionnaires de réseaux, qui sont en voie d'intégration et en recherche d'interopérabilité ; régulateurs nationaux, qui de plus en plus se coordonnent entre eux, parfois sous l'impulsion de la Commission ; gouvernements nationaux et leurs administrations, qui veulent faire prévaloir leurs intérêts politiques ; services de la Commission, qui sont assistés par l'édifice des agences et des comités ; forums, enfin, où tous ces acteurs débattent, se concertent ou s'opposent. Dans cette galaxie multiforme et complexe, le besoin peut se faire jour de concevoir l'objet manquant, celui des autorités européennes de régulation.

Le moment est venu de poser, en pleine lumière, la question de la régulation européenne des réseaux, de mesurer l'utilité de créer des autorités européennes investies de véritables pouvoirs, d'identifier les obstacles et les réticences, et cela secteur par secteur. Il ne s'agit pas seulement de remédier à des insuffisances, mais aussi de compléter, autant qu'il est besoin, un système complexe qui se développe aujourd'hui selon son propre mouvement. Les réponses, au cas par cas, procéderont, le moment venu, des débats ouverts et des nécessités exprimées. Et, en dépit ou plutôt en raison même de la diversité des situations, il faut, dès maintenant, réfléchir à l'utilité d'un cadre commun susceptible d'orienter des initiatives qui s'expriment déjà de toutes parts.

Ce rapport se veut d'abord une boîte à outils. A coup sûr, beaucoup peut être fait en utilisant mieux les instruments existants, en renforçant et simplifiant les concertations entre les acteurs. La régulation est une matière éminemment évolutive et hautement technique, où concertation patiente et

dialogue approfondi sont nécessaires : le recours à l'expertise des professionnels est indispensable. Certes, les lignes directrices, les recommandations, les communications, les codes de bonne pratique sont des outils efficaces. Mais le consensus trouve parfois ses limites et peut courir le risque de se transformer en corporatisme et en conservatisme : l'espace européen de régulation peut exiger, à un certain moment, l'exercice, par une autorité, d'un pouvoir de décision contraignant pour trancher les débats et dire le droit. Cet espace de régulation, tel qu'il existe aujourd'hui, peut désormais avoir besoin d'un régulateur.

Les secteurs candidats seront sans doute ceux où les réseaux où l'intensité des échanges transeuropéens est la plus élevée ; ceux aussi dont la maille est globale et requiert que l'Europe parle d'une voie unique dans les négociations multilatérales et bilatérales. Les champs de la sécurité et de l'évaluation sont ceux où le terrain est le plus fertile. C'est là sans doute que les premières autorités européennes de régulation, au plein sens de ce terme, pourraient, dès lors qu'un article ajouté au Traité le permettra, naître et grandir.

Un pouvoir de régulation européen nécessite un transfert de prérogatives, à travers une double délégation : des Etats membres, qui l'exerce actuellement, à la Communauté ; de la Commission, dont l'initiative des textes constitue le rôle éminent, à une administration indépendante. L'impulsion décisive viendra des opérateurs qui, à mesure que l'Europe s'impose comme leur espace stratégique, pourront éprouver le besoin d'une autorité de référence, garante en dernier ressort de la stabilité et de la visibilité dont ils ont besoin pour leurs investissements, leurs alliances, leurs développements, leurs stratégies à long terme. Et, quels que soient le moment et la forme que prendra ce mouvement, il devra tendre à la compétitivité de l'Europe et au bien-être de ses citoyens.

SYNTHESE

Vers une régulation européenne des réseaux

Les industries de réseaux (télécommunications, postes, électricité, gaz, transport ferroviaire ou aérien, distribution de l'eau...) sont au cœur des réflexions du récent Livre Vert sur les services d'intérêt général en Europe. Dans ces secteurs, de par leurs caractéristiques intrinsèques, le libre exercice des seules forces du marché ne permet pas d'atteindre un optimum économique et social. C'est pour cette raison qu'ils ont longtemps été gérés par des monopoles publics et demeurent soumis à des obligations de service public et que leur ouverture à la concurrence a dû être encadrée par une nouvelle réglementation et accompagnée d'une régulation.

La question de la régulation de ces secteurs est aussi à la rencontre de plusieurs chantiers européens d'actualité:

- prochaine adoption d'une **Constitution** européenne, appelée à clarifier le rôle des différentes institutions et des Etats membres;
- l'**élargissement** de l'Union européenne à dix nouveaux membres, aux approches et besoins particuliers dans les industries de réseaux ;
- l'approfondissement de l'économie de marché, comme moyen de faire de l'Europe **la zone la plus compétitive** du monde en 2010, selon la stratégie dite de Lisbonne.
- la question du développement d'infrastructures de **réseaux transeuropéens** ;

En outre, la Commission a ouvert le débat sur une meilleure **gouvernance européenne**, et en particulier sur le développement **d'agences** investies de fonctions exécutives ou régulatrices et l'encadrement de leur statut .

La régulation est un concept en formation. Elle peut être définie comme une forme d'intervention publique qui vise à ouvrir puis à préserver la concurrence dans des secteurs où le risque de formation ou de retour à une situation de monopole est particulièrement prégnant, et attribuer dans des conditions efficaces des ressources rares (fréquences, sillons...). Elle a aussi pour rôle d'atteindre un équilibre entre des objectifs économiques de maintien d'une concurrence durable – par exemple en imposant l'accès des tiers aux infrastructures essentielles - et des objectifs sociaux – comme la garantie de l'accès de l'ensemble des citoyens à des services essentiels, ou des objectifs stratégiques –comme l'obligation ou la sécurité des fournitures.

Malgré des différences marquées entre les secteurs concernés d'une part, entre les Etats membres d'autre part, la régulation tend à adopter en Europe des formes communes : mise en place d'autorités de régulation indépendantes ; arrivée de nouveaux entrants face à un opérateur historique ; distinction de l'infrastructure et du service ; prise en compte d'obligations de service public ; règles d'allocation des ressources rares.

La particularité de la régulation des réseaux au niveau européen tient à l'articulation entre des règles qui sont principalement communautaires (Traité, directives et règlements sectoriels) – et l'action des autorités de régulation – qui est principalement nationale. Cette dualité a conduit à

l'émergence de formes de coopération à l'échelle européenne (I), sans pour autant épuiser le besoin d'une fonction européenne de régulation (II). Les formes institutionnelles d'une véritable régulation européenne doivent donc être étudiées, en cernant en particulier les situations dans lesquelles la création d'autorités sectorielles européennes serait pertinente (III).

I. Les approches de la régulation à l'échelle du marché européen :

Si les Etats membres et les opérateurs se rencontrent depuis longtemps au niveau européen, la constitution d'un marché unique européen dans les secteurs de réseaux a d'ores et déjà suscité l'émergence d'une coopération entre les acteurs concernés pour régler les questions transnationales, sous trois formes principales :

- **des associations** (horizontales ou transversales) **d'opérateurs d'un secteur** : instances de lobbying, elles sont parfois dotées d'un caractère consultatif formel auprès de la Commission – par exemple les forums de Madrid et de Florence dans les secteurs du gaz et de l'électricité ;
- **des groupements de régulateurs nationaux** (GRI dans les télécommunications, CEER dans l'électricité...), éventuellement institutionnalisés par la Commission (cf. transformation du GRI en GRE) ou par le législateur européen (Conseil et Parlement européen, dans la prochaine réglementation des échanges transfrontaliers d'électricité);
- **des comités de représentants des Etats membres** autour de la Commission (comitologie).

En outre, parmi les multiples agences créées ces dernières années au niveau européen – auxquelles on confie en général des tâches d'exécution de programmes voire même uniquement d'observatoires – commencent à apparaître des agences investies de certaines fonctions de régulation limitées (par exemple l'agence européenne de sécurité aérienne –AESA- ou la future agence en matière ferroviaire).

II. L'utilité d'une fonction communautaire de régulation

Ces différents mécanismes *ad hoc* de régulation européenne posent, en raison de leur complexité, des difficultés d'ordre pratique et juridique. Les associations, groupements et comités tentent de pallier l'absence d'autorité communautaire de régulation en adoptant, par la voie du consensus des dispositions dépourvues, en principe, de valeur contraignante. A cet égard, les régulateurs nationaux n'ont généralement pas de compétence pour conclure des engagements avec leurs homologues.

En outre, si les règles en matière de concurrence sont bien établies et qu'une autorité européenne est chargée de veiller à leur application (la DG concurrence de la Commission), les règles relatives aux services d'intérêt général sont plus dispersées, nécessitent d'être actualisées, et aucune autorité européenne n'est investie de la mission de veiller à leur respect.

Enfin, alors que la libéralisation et le développement de l'économie de marché ont produit des effets positifs, le dispositif institutionnel existant a révélé un certain nombre d'échecs de marché et d'insuffisances du système mis en place au niveau européen, parmi lesquels :

- les conditions peu satisfaisantes d'attribution des licences UMTS : cet épisode a mis en évidence une absence de partage clair des responsabilités au stade de la décision et, au stade de la mise en œuvre, de réactivité pour corriger les dérives apparues ; il a aussi fait apparaître l'impossibilité d'établir, hors de l'unanimité, des règles ayant un impact budgétaire ;
- la tarification des échanges transfrontières d'électricité, les conditions d'accès au réseau, et la faiblesse des interconnexions électriques;
- les questions d'interopérabilité et de sécurité techniques ;
- les disparités des compétences et de l'application des règles par les autorités nationales de régulation, pouvant se traduire par des distorsions de concurrence ;
- l'absence d'évaluation, indépendante de la Commission ou des Etats membres, des conséquences, bénéfiques ou néfastes, résultant de la mise en œuvre de la réglementation définie à l'échelon européen.

Si la réglementation européenne apparaît comme une nécessité dans tous les secteurs (y compris dans le domaine de l'eau, qui ne dispose pas d'une législation spécifique), l'utilité d'une fonction européenne de régulation se fait sentir dans les secteurs qui répondent au moins à l'un des trois critères suivants:

- **réseau à maille européenne** avec d'importants échanges transfrontaliers existants ou potentiels –avec les cas du transport aérien, du fret ferroviaire, du transport de gaz, de la gestion des fréquences satellitaires, de la sécurité de la gestion du réseau Internet. Dans ces secteurs, il apparaît particulièrement nécessaire d'inciter les opérateurs à réaliser les investissements destinés au développement des échanges transeuropéens et de veiller aux problèmes de sécurité et d'interopérabilité. On peut noter à cet égard que la régulation fédérale est apparue aux Etats-Unis dans les domaines où le commerce inter-Etats est prépondérant. En revanche, l'eau ou les transports urbains ont des réseaux de maille locale ;
- **importance des négociations avec des pays tiers** (cas du gaz ou des transports aériens...) . Celles-ci nécessitent un interlocuteur sinon unique, du moins une forte coordination des positions européennes ;
- **importance des considérations d'intérêt général dans les objectifs** déterminés par les autorités publiques et assignés à la régulation du secteur –par exemple l'obligation de fourniture et la sécurité des approvisionnements énergétiques.

Dans les consultations menées par le groupe de travail, le besoin d'une régulation européenne renforcée a été exprimé en particulier par des opérateurs du secteur électrique et du secteur ferroviaire.

III. Les formes institutionnelles d'une régulation européenne

Dans les secteurs qui répondent à ces critères, il faut ensuite s'interroger sur la forme institutionnelle de régulation la mieux appropriée. Le caractère spécifique des problématiques sectorielles conduit à écarter les formes institutionnelles transversales.

Trois voies, qui ne sont pas exclusives entre elles, sont possibles :

- Le **renforcement des modèles existants** : il s'agit **d'inviter la Commission à utiliser davantage son propre pouvoir d'intervention** :

- utiliser les outils juridiques à sa disposition et notamment introduire des recours en manquement contre les Etats où les autorités de régulation nationale sont déficientes ;

- s'entourer plus systématiquement de comités réunissant les Etats membres et/ou les autorités nationales de régulation remplissant un rôle d'expertise et de formation du consensus. C'est la voie suivie actuellement dans les télécommunications (COCOM) et prochainement dans le cas des échanges transfrontaliers d'électricité ;

- reconnaître au niveau communautaire les groupes de régulateurs sectoriels nationaux, et leur attribuer certaines compétences en soutien de la Commission (GRE dans les télécommunications, CESR dans celui des valeurs mobilières...).

- Une deuxième voie envisageable est **le renforcement de l'évaluation** en vue de l'amélioration et de l'harmonisation de la régulation européenne. La **création d'observatoires sectoriels**, permettrait notamment de mieux **évaluer**, de façon indépendante et selon une méthodologie harmonisée, les politiques conduites, de comparer les différentes pratiques nationales, en mettant à jour les éventuelles distorsions qu'elles entraînent (tarifs de l'accès au réseau dans le domaine ferroviaire ou électrique ; politiques des autorités de régulation dans le domaine postal...), et d'en mesurer les résultats.

Cette démarche semble être à l'heure actuelle celle qui suscite le plus d'intérêt auprès des opérateurs consultés ainsi qu'auprès de certains Etats membres. Une telle mesure de transparence pourrait contribuer au développement d'une économie européenne plus compétitive, et constituer une étape intermédiaire utile avant la création éventuelle d'autorités européennes.

- **La création d'autorités européennes sectorielles de régulation** : elle est évoquée depuis plusieurs années (dans certains secteurs, les télécommunications par exemple, avant d'être écartée lors de l'adoption du paquet télécoms), et à nouveau, discrètement, par le Livre Vert sur les services d'intérêt général.

Dans le respect du principe de subsidiarité, les compétences de telles autorités devraient être précisément articulées avec celles des autorités nationales. Ainsi, dans le secteur des télécommunications, l'autorité européenne pourrait être en charge des questions satellitaires, notamment des attributions des licences, et en matière de fréquences hertziennes, de l'harmonisation des règles d'utilisation et des problèmes de la coordination aux frontières. Les autorités européennes pourraient aussi, davantage qu'aujourd'hui, encadrer le travail des régulateurs nationaux .

La création d'agences européennes est possible, à droit constant, dans la mesure où, à l'instar de l'AESA, leurs tâches seraient limitées à des pouvoirs de décision individuelle, d'information, d'enquête, voire, sous certaines conditions, de sanction et de règlement des différends sous le contrôle du juge. Elle pourrait être précisée au cas par cas, ou par le biais d'un **règlement** (loi européenne dans le projet de future Constitution européenne), **de nature transversale**, portant statut des autorités européennes de régulation sur le modèle du règlement du Conseil récemment adopté portant statut des agences d'exécution..

Il faudra en revanche, si l'on souhaite leur confier des compétences plus étendues, et notamment l'élaboration d'actes normatifs, modifier le Traité en saisissant l'occasion de la prochaine CIG (conférence inter-gouvernementale).

Pour les distinguer des « agences » existantes investies de fonctions exécutives ou régulatrices, selon la terminologie de la Commission, il est proposé de dénommer « autorités européennes » les institutions à créer, investies de pouvoirs de régulation au sens large, y compris celui de fixer des normes et d'arbitrer entre des finalités d'intérêt public.

Les règles de constitution et de fonctionnement de ces autorités devront trouver un équilibre satisfaisant entre la nécessité d'assurer leur indépendance, et celle de les soumettre néanmoins à des contrôles, ainsi qu'entre les pouvoirs respectifs du communautaire et de l'intergouvernemental.

La création progressive de telles d'autorités européennes sectorielles de régulation pourra sembler souhaitable, le moment venu, dans certains domaines. Elle serait particulièrement justifiée dans les domaines où :

- (1) un responsable mériterait d'être plus clairement identifié, par exemple pour conduire des négociations avec des partenaires extra-européens ;
- (2) l'indépendance du régulateur devrait être affirmée, par rapport à la Commission ou aux Etats membres ;
- (3) une telle création ne rendrait pas plus complexe le système de régulation et ne nuirait pas à la nécessaire stabilité des règles –cette préoccupation étant exprimée par plusieurs entreprises;
- (4) la technicité et la réactivité indispensables à la régulation d'un secteur justifieraient une institution spécialisée et permanente./.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	2
MANDAT DU GROUPE DE REFLEXION	3
COMPOSITION DU GROUPE DE REFLEXION	5
INTRODUCTION	
<i>De la dérégulation en Europe à la régulation européenne</i>	<i>6</i>
I - LES APPROCHES DE LA RÉGULATION A L'ÉCHELLE DU MARCHÉ EUROPÉEN	12
<i>I.1. – Les formes traditionnelles de la coopération internationale dans les industries de réseaux</i>	<i>12</i>
<i>I.2 – Les formes de coopération existant au niveau européen</i>	<i>14</i>
A – Les associations regroupant les opérateurs d'un secteur	15
A-1) Une approche verticale : les forums du secteur de l'énergie.....	15
A-2) Une approche horizontale : les associations d'opérateurs Spécialisés.....	16
B – Les associations regroupant les autorités de régulation nationales.....	17
B-1) Les associations informelles.....	17
B-2) Les associations institutionnalisées par la Commission ou le législateur communautaire	18
C – Les groupements initiés et présidés par la Commission : la comitologie	19
<i>I.3 – Le développement des agences institutionnelles en Europe.....</i>	<i>19</i>
A – La recherche d'une meilleure gouvernance et la place des agences	20
B – Les agences, instrument de l'efficacité administrative	23
C – La question particulière des agences dans les secteurs de réseaux	24
C-1) Les premières initiatives	24
C-2) Une illustration : le cas des agences de sécurité dans les transports	26
II - L'UTILITÉ D'UNE FONCTION COMMUNAUTAIRE DE RÉGULATION	30
<i>II.1 – La régulation des réseaux, point de rencontre des progrès de la construction communautaire.....</i>	<i>30</i>

A – Equilibrer l’application des règles de concurrence et la prise en compte de l’intérêt économique général.....	30
B – L’adoption d’une Constitution européenne.....	32
B-1) Les compétences de l’Union européenne.....	33
B-2) Le principe de subsidiarité.....	33
C – Les grands réseaux transeuropéens	34
C-1) Les enjeux du développement des grands réseaux Transeuropéens	34
C-2) L’actualité communautaire de la politique des réseaux transeuropéens.....	35
II.2 – Les insuffisances du système européen de régulation	36
A – La crise des licences UMTS	37
B – Le secteur électrique	38
C – Déficiences de l’évaluation.....	39
II.3 – Les critères d’une fonction communautaire de régulation	41
A – La maille pertinente des réseaux	41
B – Critères d’opportunité.....	42
C – Critères de faisabilité.....	43
D – Evaluation des critères	44
II.4 – Les enjeux institutionnels et constitutionnels.....	45
A – Le pouvoir de régulation dans l’équilibre institutionnel de l’Union européenne	45
B – Le pouvoir de régulation et les conditions de sa délégation.....	46
C – Un exemple d’espace de régulation : les marchés monétaires et financiers.....	48
III - LES FORMES INSTITUTIONNELLES D’UNE RÉGULATION COMMUNAUTAIRE.....	50
III.1 – Le renforcement des modèles de coopération existants.....	50
III.2 – La création d’observatoires	51
III.3 – La création d’autorités communautaires de régulation	52
A – Les critères pour les autorités de régulation.....	53
B – Le fonctionnement des autorités de régulation	56
C – Illustration : le cas des secteurs des satellites et de l’Internet.....	60
CONCLUSION	
Un espace de régulation.....	62
SYNTHESE.....	64
TABLE DES MATIERES	69

ANNEXES

ANNEXE I : Liste des responsables rencontrés ou auditionnés

ANNEXE II : Questions posées par le Livre Vert sur les Autorités européennes de Régulation

ANNEXE III : Contributions :

- III.a. « La dérégulation des services en réseaux dans l'Union européenne » par Christian Stoffaës ;
- III.b. « La régulation des réseaux à l'échelle fédérale : enseignements pour l'Europe de l'expérience américaine » par Christian Stoffaës ;
- III.c. « Design institutionnel communautaire et l'UMTS » par Elie Cohen ;
- III.d. « La politique industrielle dans la régulation au sein de l'Europe » par Jean-Michel Hubert ;
- III.e. « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des agences européennes de régulation » par Stéphane Rodrigues ;
- III.f. « Etude sur la possibilité de créer des agences européennes de régulation sur le fondement du Traité CE dans la version actuelle » par Christophe Lemaire ;
- III.g. « L'Etat de la régulation dans sept Etats Membres de l'Union européenne » (Direction des Relations Economiques Extérieures) ;
- III.h. « Sécurité et transport dans l'Union européenne : le recours aux Agences de régulation » par Loïc Grard. ;
- III.i « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz » par Antoine-Tristan Mocilnikar ;

ANNEXE I

LISTE DES RESPONSABLES RENCONTRÉS OU AUDITIONNÉS

1. INSTITUTIONS EUROPENNES

1.1 Commission européenne

1.1.1 Commerce

- M. Pascal LAMY, Commissaire au Commerce.

1.1.2 Entreprises et société de l'information

- Mme Anti KARHUNEN et Mme Marika LAUTSO, membres du Cabinet du Commissaire.

1.1.3 Environnement

- M. Manfred ROSENSTOCK, Administrateur en charge du développement durable.
- M. Henning ARP, Membre du Cabinet.

1.1.4 Autres services de la Commission

- Mme Anne HOUTMAN, Chef adjoint du Cabinet du Président de la Commission européenne.
- M. Enzo MOAVERO-MILANESI, Secrétaire général adjoint de la Commission.
- M. Marcel HAAG, Administrateur au Secrétariat général.

1.2 Représentations européennes de groupes d'intérêt

ETSO (European transmission system operator)

- Mme Ana AGUADO, Secrétaire Générale.

Eurelectric

- M. Paul BULTEEL, Secrétaire Général.

Eurogas

- M. Jean-Marie DEVOS, Secrétaire Général.

2. FRANCE

2.1 Services du Premier Ministre

Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI)

- Mme Pascale ANDREANI, Secrétaire Générale.

2.2 Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Cabinet des ministres

- M. Guillaume BOLOGNA, Conseiller technique.
- M. Stéphane MICHEL, Conseiller technique.

Direction générale de l'énergie et des matières premières (DGEMP)

- M. Dominique MAILLARD, Directeur Général.

Direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes

- M. François RAYMOND, Sous-Directeur Europe au service des Politiques d'innovation de la compétitivité.

2.3 Ministère des Affaires étrangères

Direction des affaires économiques

- M. Jean-Baptiste de BOISSIERE, Responsable de la Mission entreprises.
-

2.4 Ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement

- M. Dominique BUSSEREAU, Secrétaire d'Etat aux Transports et à la Mer.

2.5 Autres administrations publiques ou para-publiques

Autorité de régulation des télécommunications (ART)

- M. Paul CHAMPSAUR, Président de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Commission de régulation de l'énergie (CRE)

- M. Philippe RAILLON, Directeur des Relations internationales.

2.6 Opérateurs

Air France

- M. Jean-Cyril SPINETTA, Président.

France Telecom

- M. Thierry BRETON, Président.

Gaz de France (GDF)

- M. Pierre GADONNEIX, Président.

La Poste

- M. Jean-Paul BAILLY, Président.

Société nationale des chemins de fer (SNCF)

- M. Louis GALLOIS, Président.

Suez

- M. Yves-Thibault de SILGUY, Directeur Général.

Véolia

- M. Henri PROGLIO, Président Directeur Général.

2.7. Personnalités qualifiées

Experts et universitaires

- Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE, Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris.
- M. Jean-Hervé LORENZI, Président du Cercle des Economistes, Membre du Conseil d'Analyse Economique.
- M. Stéphane RODRIGUES, Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, Maître de conférences à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne).

2.8. Syndicalistes

- M. Denis COHEN, Secrétaire Général de la Fédération CGT de l'Energie.
- Confédération Européenne des Syndicats (CES) : M. Jean LAPEYRE a été invité par le groupe de travail pour être auditionné sur le rapport mais n'a pu se rendre à cette invitation. Cependant, le groupe de travail a pu s'inspirer dans la rédaction du rapport des positions de la CES dans le domaine des SIEG.
- M. Michel CLERC, Président de Droit à l'Energie

ANNEXE II

Questions posées par le Livre Vert sur les autorités européennes de régulation

L'historique du Livre Vert sur les SIG

Le présent rapport, ainsi que l'assigne la lettre de mission, s'inscrit dans le cadre de la contribution française au débat ouvert par le Livre Vert sur les services d'intérêt général en Europe, initiative à laquelle la France a elle-même beaucoup contribué. Sont rappelées ici les conditions dans lesquelles le Livre Vert a été élaboré et les questions qui y sont posées relatives au cadre institutionnel de la régulation au niveau communautaire et aux autorités réglementaires européennes.

A la suite du mémorandum introduit par la France en **juillet 2001**, les Conseils européens de Nice, Laeken puis Barcelone demandaient à la Commission européenne d'établir un rapport afin d'examiner la suggestion de consolider et de spécifier dans une directive-cadre les principes relatifs aux services d'intérêt général qui sous-tendent l'article 16 du traité. Le Parlement européen¹ et le Comité économique et social² se prononçaient en faveur d'une telle directive.

La Commission décidait en **juillet 2002** d'étudier dans un document préparatoire la faisabilité et le contenu d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général, afin de rééquilibrer les logiques de concurrence et d'intérêt général. Le Président de la Commission, Romano Prodi, mettait en place 11 groupes de travail inter-services, afin de rédiger un Livre Vert, ayant pour objectif :

- de lancer un large débat sur le sujet,
- de jeter les bases du rapport que la Commission doit présenter au Conseil sur l'opportunité d'une directive-cadre,
- de contribuer au débat de la Convention sur l'avenir de l'Europe.

A la suite de ces travaux, la Commission a approuvé et publié le **21 mai 2003** le Livre Vert sur les Services d'intérêt général (SIG), qui aborde différentes problématiques, telles la définition et la place des SIG dans l'Union européenne, le recensement, à partir des textes actuels, des éléments constitutifs du concept communautaire des services d'intérêt général ; la mise en œuvre du principe de subsidiarité, les modes de définition des missions et des obligations des prestataires, le choix des formes d'organisation pour leur mise en œuvre, la régulation, le financement... Trente questions sont posées sur les différents aspects abordés, et notamment sur la régulation, appelant une réponse des parties intéressées d'ici le **15 septembre 2003**.

¹ Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission sur « Les services d'intérêt général en Europe », JO C 140 E du 13.6.2002, p.153.

² Avis du Comité économique et social du 17 juillet 2002 sur « Les services d'intérêt général », CES 860/2002.

Le thème de la régulation dans le Livre Vert

Ainsi, dans le chapitre consacré à la portée de l'action communautaire, et à son articulation avec le principe de subsidiarité, le Livre Vert souligne que ni la création de régulateurs européens pour les services d'intérêt général ni l'intensification de la coopération entre les autorités réglementaires de tous les Etats membres n'ont pas encore été amplement examinées. Il précise que les objectifs de tels développements seraient, notamment, d'obtenir un certain degré de cohérence entre les approches réglementaires nationales afin d'éviter les distorsions découlant de démarches différentes susceptibles d'affecter le bon fonctionnement du marché intérieur, ainsi que la nécessité d'améliorer la gestion de ces services.

Dans ce cadre, la **question n°4** porte sur l'opportunité d'une régulation sectorielle européenne : « (4) *Le cadre institutionnel doit-il être amélioré ? Comment ? Quels doivent être les rôles respectifs des autorités chargées de la concurrence et des autorités réglementaires ? Convient-il d'établir un régulateur européen pour chaque secteur réglementé ou des réseaux européens structurés d'autorités réglementaires nationales ?* »³

En outre, dans le chapitre sur la bonne gouvernance, le Livre vert indique que différentes formes de coopération entre «autorités réglementaires nationales» se sont développées en vue d'améliorer la cohérence des politiques de tous les Etats membres, sans pour autant de mise en place d'autorité réglementaire européenne sectorielle. Or, selon la Commission, un débat sur un plus large recours à des échanges sur les meilleures pratiques et expériences, paraît nécessaire, perspective formulée dans la **question n°20** : « (20) *Faudrait-il prévoir un renforcement des échanges des meilleures pratiques et de leur étalonnage pour les questions relatives à l'organisation des services d'intérêt général dans l'Union ? Qui faudrait-il impliquer dans cet exercice et quels secteurs pourraient être couverts ?* »⁴

Pour illustrer sa réflexion, la Commission renvoie, dans les annexes du Livre Vert, à une analyse de l'organisation de la régulation, et s'y interroge explicitement sur «*la nécessité de créer des autorités réglementaires européennes*»⁵. Pour y répondre, la Commission avance les éléments suivants : « (...) *l'idée de créer un tel organisme pour certains secteurs, notamment celui des communications, au niveau européen a été creusée pendant un certain temps. Dans le secteur aérien par exemple, le Conseil a récemment décidé, sur la base d'une proposition de la Commission, de créer une Agence européenne de la sécurité aérienne (EASA). Cette agence aidera la Commission à adopter des normes communes de sécurité et de protection de l'environnement dans le secteur du transport aérien dans le cadre d'une procédure de comité. Elle sera également responsable de la navigabilité et de la certification environnementale des produits aéronautiques conçus ou utilisés dans les Etats membres. Jusqu'à présent, ces missions étaient accomplies par les autorités nationales de l'aviation civile. Dans le cadre (limité) des missions précitées, la nouvelle agence pourra être considérée comme une autorité réglementaire européenne. Dans son second paquet ferroviaire de janvier 2002, la Commission a proposé l'institution d'une Agence ferroviaire*

³ COM (2003) 270 final, p.13, notamment les paragraphes 35 à 36.

⁴ COM (2003) 270 final, pp.26-27, notamment les paragraphes 83 et 84

⁵ COM (2003) 270 final, pp.49-55 et plus particulièrement le paragraphe 59 intitulé «*Est-il nécessaire de créer des autorités réglementaires européennes ?* »

européenne. Cette agence n'aurait toutefois aucune fonction réglementaire directe. Cela étant, l'agence aurait, dans certains domaines, un rôle consultatif comparable à celui joué par le « groupe des régulateurs européens » dans le domaine des communications.

ANNEXE III

CONTRIBUTIONS

*Les contributions suivantes ont été sollicitées par le groupe de réflexion.
Leur diversité reflète celle du groupe lui-même dans la mesure où l'on y trouve des
contributions de juristes, d'économistes et d'experts des secteurs concernés.
Les opinions exprimées dans ces contributions le sont à titre personnel
et n'engagent pas le groupe de réflexion.*

III.a – « La dérégulation des services en réseaux dans l'Union européenne »

par Christian Stoffaës,

1) Dérégulation ou re-régulation ?

Le principe général de l'économie de marché est que les libertés économiques et les règles de concurrence **assurent le fonctionnement de l'économie au mieux de l'intérêt général**. C'est sur ce principe que, depuis les origines, se fonde la construction européenne autour du Marché commun dit désormais Marché intérieur.

Un **secteur d'activités économiques régulé** est un secteur où les règles du marché ne sont pas suffisantes pour assurer son fonctionnement conformément à l'intérêt. Il faut dès lors l'encadrer par des règles spécifiques. La « régulation » n'est pas seulement le corpus des règles applicables. C'est l'ensemble formé par la réglementation du secteur et des organes et institutions chargés de les faire appliquer : ministères, agences publiques, autorités indépendantes, instances d'arbitrage et de recours.

Les marchés concurrentiels sont la norme générale : les marchés régulés sont l'exception. Dans certains cas, les activités régulées sont dénommées « services publics », là où l'intervention de l'Etat est prépondérante. Parmi ceux-ci, les services sociaux comme la santé et l'éducation, où l'intervention directe et les subventions de l'Etat prédominent ; ou encore les marchés financiers, dont le fonctionnement est encadré par des règles spécifiques.

C'est aussi le cas des services distribués en réseaux. Les réseaux d'infrastructures constituent des secteurs de base, essentiels au bon fonctionnement de l'ensemble de l'économie. Ils véhiculent des enjeux stratégiques et sociaux qui les soumettent à l'attention des autorités publiques. Ils peuvent exploiter des ressources rares –comme les fréquences radio– occupant l'espace public de leur emprise au sol, requérant des permis d'exploitation du domaine public ou concessions. Ce sont des « monopoles naturels » où la concurrence ne peut jouer son rôle.

Le bouleversement qui a profondément transformé, ces dernières années, les opérateurs et les régimes juridiques de services publics industriels et commerciaux, en Europe comme dans le monde entier, est généralement désigné sous le terme de «**dérégulation**» – transposition littérale en français du terme anglais (ou plus exactement américain) de *deregulation* – terme que l'on traduit imparfaitement par « déréglementation ». Le principe qui sous-tend ce mouvement est que les règles de concurrence sont de portée générale et s'appliquent à tous les secteurs. Dans les secteurs et sur les marchés où l'Etat intervient directement, où existent des restrictions aux libertés économiques, des contrôles dirigistes, des régimes de service public, des monopoles et autres droits exclusifs, il suffirait d'abroger les réglementations spécifiques pour rétablir l'optimum économique. Dans cette conception, toute forme de régulation constitue une restriction de concurrence et une forme d'entente. Les services publics et les marchés régulés seraient des secteurs comme les autres, et la dérégulation serait une période transitoire, avant que l'économie de marché ne reprenne ses droits.

Or, lorsqu'on abroge les régimes instituant des monopoles publics exerçant sous la tutelle des administrations d'Etat, on introduit en réalité des réglementations nouvelles – le plus souvent complexes et volumineuses – pour fixer les règles du jeu de la concurrence. En effet, si l'octroi d'un monopole et la compétence de la tutelle d'un ministère sont définis dans des dispositions généralement concises, la régulation d'un secteur « dérégulé » exige quant à elle des volumes de textes réglementaires des jurisprudences complexes et évolutives et des institutions nouvelles –les autorités de régulation. En **réglementant davantage**, on fait ainsi exactement le contraire d'une déréglementation. Le terme approprié n'est donc pas « dérégulation » mais « **libéralisation** » ou encore « **ouverture de la concurrence et des marchés** ».

Ce paradoxe sémantique se comprend mieux en référence à la **trilogie régulatrice –des règles, des régulateurs, des régulés**.

Un **système de régulation** est constitué :

- d'une part, d'un ensemble, ou code, de **règles** juridiques, ou normes, régissant l'activité concernée et encadrant le fonctionnement du marché ;
- d'autre part, d'une **instance** chargée de faire respecter l'application de ces règles en prenant des mesures de portée individuelle, en rendant des sanctions et des arbitrages ;
- enfin des **entités** régulées, qui sont les opérateurs, entreprises privées ou agences publiques exploitant le marché.

L'expression « dérégulation » trouve son origine dans le fait que l'on vise à substituer un **régime juridique de libertés économiques** – liberté d'établissement, liberté d'entreprise, liberté du commerce, liberté des prix, etc. – à un **régime juridique de dirigisme étatique, de restrictions**, de contraintes et d'exclusivité – monopoles, concessions, licences, tarifs, etc. Selon une partie de la doctrine économique, le monopole naturel étant imaginaire –ou, en tout cas sérieusement mis en cause par les évolutions technologiques modernes– la **surveillance renforcée des marchés régulés est temporaire** : un « mal nécessaire » pour passer la **période de transition**, qui permettra l'affaiblissement de la position dominante de l'ancien monopole – désigné comme « l'opérateur historique » – et faire éclore de **nouveaux entrants**, phase de transition à la suite de laquelle le secteur régulé sera banalisé et pourra passer à l'économie libre de droit commun. Selon une autre partie de la doctrine, comme le fonctionnement du marché libre ne produit pas, dans ces secteurs, des résultats conformes à l'intérêt public, il faut « monter la garde » – c'est à dire mettre en place des règles généralement sophistiquées et des instances de régulation attentives, dont la mission est de faire respecter la concurrence ainsi que les autres principes d'intérêt général définis par l'autorité publique. Pour assurer certaines fonctions d'intérêt public comme la desserte universelle, l'obligation de fourniture, la continuité du service, l'égalité de traitement ; pour faire respecter la concurrence et prévenir les abus de position dominante, pour protéger les libertés économiques dans des zones de l'économie où celles-ci ont du mal à s'exercer naturellement, il faut « réguler » le marché.

« Chassez le monopole naturel par la porte, il rentre par la fenêtre », comme son nom l'indique. Ainsi constate-t-on généralement, à la suite de l'abrogation d'un monopole, une forte tendance à la concentration économique et financière du secteur. La disparition des anciens ministères des PTT s'est ainsi traduite par une **course à la taille** à l'échelle internationale de la part des opérateurs privatisés et des nouveaux entrants cherchant à conquérir des parts de marché, engendrant la **bulle spéculative** de la « nouvelle économie » ; l'abrogation du régime des concessions de lignes aériennes a débouché sur la formation de grandes ententes à l'échelle globale ; l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité se traduit par l'absorption des petits producteurs et des régies de distribution, etc. En bref, la concurrence débouche sur le monopole, le monopole suscite la régulation : la **concurrence durable** suppose donc la régulation. C'est là l'origine du paradoxe : on passe d'une économie qui était **administrée** à une économie qui n'est plus que **sous surveillance**, sans toutefois être tout à fait libre.

Quoi qu'il en soit du caractère « naturel » ou non du monopole et de la durabilité de la concurrence dans les secteurs concernés, il apparaît en définitive plus pertinent de parler de **nouvelles formes et de nouvelles pratiques** de régulation que de déréglementation.

Ainsi, la dérégulation peut se définir comme une réforme juridico-économique tendant à substituer :

a) un régime de liberté d'établissement et de liberté du commerce à un régime de monopole, généralement établi sous la forme d'une régie publique, d'une entreprise nationalisée, d'une concession ou de l'octroi de droits exclusifs ;

b) une instance de contrôle du marché agissant selon une procédure inspirée de l'ordre judiciaire (*due process of law*) – indépendance à l'égard des pouvoirs politiques et administratifs, publicité et transparence des règles, contrôle *a posteriori*, débats contradictoires associant les intérêts divers au processus de décision, collégialité des décisions, etc. – substituée à la **procédure politico-administrative** caractéristique de l'**approche régalienne de « puissance publique »** – tutelle ministérielle, soumission à l'égard du pouvoir exécutif, caractère discrétionnaire et opacité des décisions, imprécision des compétences et des responsabilités, risques de captation de la régulation par le régulé, étant les critiques fréquemment formulées.

La démocratie libérale repose sur la séparation des pouvoirs : le principe de la « dérégulation » est **l'indépendance du régulateur**. On considère généralement que, lorsque le contrôle du marché est assuré par la « tutelle administrative », il existe des risques de jugement arbitraire (*abuse of discretion*) et de **politisation des décisions** – l'administration étant soumise à l'autorité du pouvoir politique – et de confusion des rôles. Il y a aussi un risque de **conflit d'intérêt** – lorsque l'opérateur est une entreprise publique – entre l'Etat-régulateur et l'Etat-actionnaire. Les décisions publiques, dans les secteurs et sur les marchés soumis à régulation, ont fréquemment d'importantes conséquences économiques, sociales et financières. Comme telles, elles sont l'objet de l'influence de *lobbies* et des groupes d'intérêt, ainsi qu'il est normal en démocratie. C'est pourquoi il est souhaité soustraire les autorités chargées de la mise en œuvre des règles à l'influence du pouvoir politique qui, ainsi qu'il est normal en démocratie, sont sensibles aux groupes d'intérêt. Dans le système technocratique, c'est le « haut fonctionnaire », indépendant et protégé par son statut qui est le garant de l'impartialité de l'Etat.

Par la « dérégulation », l'Etat renonce ainsi à sa position de garant unique de l'intérêt général pour le transférer au juge.

c) Une **structure industrielle pluraliste**, constituée de plusieurs opérateurs – généralement à capitaux privés – substituée l'ancienne structure monopoliste constituée d'un opérateur bénéficiant soit de droits exclusifs, soit d'un monopole de fait généralement agence ou entreprise publique.

Le marché était **monopolisé** : il est désormais fragmenté, dé-intégré, **ouvert à la concurrence**. La nouvelle structure du marché dérégulé peut voir **coexister l'ancien monopole** – dénommé « opérateur historique » – et de « nouveaux entrants » – qu'on cherche à lui opposer ; ou encore **être segmentée verticalement** en dissociant le « gestionnaire de l'infrastructure » et les « exploitants du service » (*unbundling*) ; ou encore être **fragmenté horizontalement** entre opérateurs de taille comparable placés en situation de « compétition équilibrée ».

La régulation s'exerce différemment selon les **segments du marché** dérégulé :

- certaines des nouvelles réglementations concernent le contrôle public des **activités régulées**, celles qui restent **en situation de monopole** – **par exemple les infrastructures de réseaux** – les « facilités essentielles » (*essential facilities*) – dont il faut fixer les conditions d'accès équitables, établir les tarifs d'utilisation, programmer les investissements ;

- d'autres visent à créer, sur le **marché dérégulé**, c'est-à-dire ouvert à la concurrence – par exemple les services qui sont offerts au public par l'exploitation libre de l'infrastructure – le cadre nécessaire à la coexistence des monopoles avec les nouveaux entrants : c'est à dire réprimer les abus de position dominante, établir des conditions équitables de concurrence, arbitrer les conflits, surveiller les coopérations et rapprochements entre opérateurs, prévenir les comportements spéculatifs, etc.

On distingue ainsi les domaines d'activités qui sont **ouverts à la concurrence** – et où la concurrence est – au moins en principe – durablement praticable (le marché dérégulé) – et les domaines qui demeurent couverts par un **monopole** (le secteur régulé). Par exemple, en cas de dé-intégration verticale, en distinguant :

- **d'une part l'infrastructure de réseau** qui demeure un monopole naturel en raison de son poids en capital et de son emprise au sol (par exemple le réseau de transport d'électricité, les lignes téléphoniques fixes, les aéroports, le réseau de chemins de fer, etc.) ;

- **d'autre part les services**, qui sont ouverts à la compétition des exploitants (par exemple les compagnies de transport ferroviaire, les services de télécommunications à valeur ajoutée, les lignes aériennes, etc.).

2) Le mouvement de dérégulation

C'est à la **fin des années 1970 et au début de la décennie 1980** que le mouvement de dérégulation a pris son essor dans les principaux pays occidentaux, la dérégulation a pris le caractère d'une véritable

rupture dans les politiques économiques. Le mouvement s'est développé sous l'influence d'une série de facteurs et non d'un seul parmi lesquels on peut citer :

- la **révolution** des idéologies économiques dominantes, avec l'essor des politiques économiques **libéral-monétaristes** et le déclin de l'Etat-Providence ;
- **l'interdépendance croissante** des économies nationales et la **globalisation** des échanges et des investissements des entreprises ;
- les aspirations nouvelles des « **usagers** » des services publics –devenus des « **clients** »– à des services de meilleure qualité et plus diversifiés ;
- le développement de **nouvelles technologies**, qui ont pu affaiblir la portée du concept de monopole naturel, par exemple dans le secteur des télécommunications avec la téléphonie sans fil et le réseau Internet.

L'hyper-inflation des années 1973-1979 a conduit à mettre en place des politiques de rigueur monétaire et budgétaire, à réduire le poids et l'intervention de l'Etat, à privatiser les services publics, à ouvrir à la concurrence les monopoles et situations protégées. Un point d'application de ces nouvelles politiques économiques concerne les marchés régulés et plus particulièrement les services publics distribués en réseaux, dits encore services publics industriels et commerciaux, services publics marchands ou « *public utilities* ». Activités productives et marchandes, situés à la frontières de l'Etat et du marché, du public et du privé, ces secteurs se sont trouvés naturellement au cœur des réformes.

Deux expériences nationales ont ouvert la voie, qui ont toutes les deux marqué l'opinion par leur volonté de rupture : l'américaine et la britannique.

La **première initiative** a été entamée par une administration Démocrate, celle de Jimmy Carter –et non pas, comme on le croit parfois en Europe, par les tenants du libéralisme économique du Parti républicain– et ce sous l'influence du **mouvement consumériste** critiquant les pratiques commerciales des grands monopoles et dénonçant la « capture » des régulateurs. Cette politique a été poursuivie par l'administration Républicaine de Ronald Reagan engagée dans une politique résolue pour **réduire le poids de l'Etat et de la fiscalité**.

L'administration Carter libère les prix des hydrocarbures en 1977, à la suite du choc des prix du pétrole ; ouvre la concurrence dans les lignes aériennes avec l'abrogation du régime des licences de transport et la dissolution du *Civil Aeronautic Board* (CAB) en 1978 ; établit le régime de la production indépendante d'électricité avec le *Public Utility Regulatory Act* (PURPA) en 1978. Il s'ensuit une profonde restructuration de ces secteurs, avec l'apparition de nouveaux acteurs –les compagnies aériennes régionales, Enron dans l'électricité et le gaz– et le déclin de certains opérateurs historiques. La décision du juge Green, en 1984, démantèle le monopole d'ATT : la concurrence est ouverte sur les télécommunications à longue distance, et de nombreux nouveaux entrants multiplient les offres de nouveaux services et de nouvelles technologies, changeant profondément la structure du secteur.

La **seconde initiative à forte valeur démonstrative** –tout particulièrement en Europe, dont les régimes de régulation étaient très éloignés de celui des Etats-Unis– a été conduite avec détermination au Royaume-Uni, à partir de l'élection en 1979 de la majorité conservatrice dirigée par **Margaret Thatcher**. Le gouvernement britannique s'est alors engagé avec le soutien durable de l'opinion, dans une transformation profonde de la société et de l'économie visant à réduire l'influence des syndicats et de l'Etat s'appliquant en premier lieu aux monopoles d'Etat et aux services publics : le conflit social de 1984 avec le syndicat des mines en 1994 a ouvert la voie aux privatisations. Tous les secteurs de réseaux, qui avaient été nationalisés par les gouvernements travaillistes de l'après-guerre, ont été privatisés et ouverts à la concurrence : dérégulation du transport aérien et privatisation de *British Airways* (1983) ; de *British Gas* et de *British Telecom* (1986) ; de *Water Authorities* ; du *Central Electricity Generating Board* (1989) ; de *British Railways* (1992). Dans un premier temps, le gouvernement a tenté de susciter des nouveaux entrants pour porter concurrence aux anciens monopoles d'Etat privatisés du transport aérien, des télécommunications et du gaz. Devant le succès mitigé des nouveaux entrants, les secteurs électriques (1990) et ferroviaires (1992) ont été fragmentés en plusieurs entités indépendantes et privatisées séparément, ce qui a entraîné d'autres ordres de conséquences dommageables. Cette orientation n'a pas été remise en cause par le gouvernement *New Labor* de Tony Blair, même si, dans certains cas, les résultats ont fait l'objet de critiques : par exemple dans le transport ferroviaire et l'électronucléaire, où le gouvernement a été contraint d'intervenir pour sauver de la faillite Railtrach et British Energy.

A partir des deux grands pays anglo-saxons, la dérégulation s'est ensuite diffusée dans le monde entier –y compris dans les pays en développement et dans les pays anciennement d'économie planifiée d'Europe de l'Est et d'Asie. La Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International l'ont imposée dans les pays en développement, notamment en Amérique latine dans le cadre de la restructuration de la dette et de la réforme du secteur public. La dérégulation américaine s'est aussi diffusée à l'échelle internationale par la concurrence des entreprises américaines engagées dans une vaste stratégie d'expansion globale, une fois libérées de leurs contraintes nationales. L'expérience de l'Angleterre a eu beaucoup d'influence en Europe, dans la mesure où elle a mis en cause le modèle du Welfare State qu'elle avait pour partie inventé et qui s'était largement répandu dans les pays européens au lendemain de la Guerre.

Si ce sont les facteurs politiques de la dérégulation qui ont été les plus visibles –et souvent les plus controversés– il faut aussi mentionner les facteurs économiques et techniques sous-jacents :

- en premier lieu, les **attentes des usagers** ont profondément évolué. Les « masses populaires » attendaient hier des services publics la fourniture d'un service de masse, indifférencié et à bon marché – voire gratuit. L'économie de pénurie a disparu depuis longtemps : l'utilisateur est devenu un client. Le consumérisme individuel comme le consumérisme d'entreprise réclament aujourd'hui des prestations qui soient davantage différenciées, afin de mieux répondre aux besoins individuels : les clients veulent des services à valeur ajoutée et un traitement sur mesure, qui réclament des offres multiples, donc concurrentes ;
- dans plusieurs secteurs, des **innovations technologiques majeures** ont affaibli – ou fait disparaître – le **monopole naturel**. Ainsi, dans les télécommunications, l'espace hertzien n'est-il pas monopolisé comme l'est le réseau classique de fils de cuivre : le coût en capital d'un réseau câblé est largement inférieur à celui d'une infrastructure de transport ferroviaire ou routière. Dans

la production d'électricité, les turbines à gaz et les cycles combinés ont mis fin à l'effet de taille qui constituait un puissant facteur de concentration économique ;

- enfin, la globalisation et **l'interdépendance croissante** entre les économies nationales font disparaître les cloisonnements des marchés institués par les frontières. Ainsi les *utilities* américaines de l'énergie ont développé leurs investissements internationaux. Ainsi, la concurrence dans le transport aérien et les télécommunications aux Etats-Unis s'est-elle très rapidement imposée au monde entier par l'effet des échanges internationaux et de la diffusion internationale rapide des innovations technologiques : comment demeurer étatisé et étroitement contrôlé, c'est à dire entravé, quand les concurrents sont libres ?

3) La régulation en Europe

Les industries de réseaux en Europe étaient très largement étudiées, quoique sous des formes différentes. Pour la plupart d'entre eux, les pays membres de l'Union européenne vivaient avec des régimes de services publics mis en place dans le contexte des conséquences de la Grande Dépression et de l'après-guerre, dans le cadre des politiques économiques keynésiennes et de l'Etat-Providence. Ces régimes étaient certes très contrastés d'un pays à l'autre tout en présentant des **caractéristiques communes**.

Les services publics et les industries de réseaux dans le Marché commun ont été longtemps tenus à l'écart des règles du libre-échange et de la concurrence au nom de **l'exception nationale**. Il est vrai qu'ils sont caractérisés par un profond enracinement social et culturel et qu'ils reflètent le caractère spécifique de chaque pays, voire de chaque région.

Plus précisément, les règles et l'organisation industrielle des services publics sont conditionnées par la diversité des philosophies juridiques de l'action publique, que l'on peut regrouper autour de quatre **systèmes de droit**. Entre les systèmes juridiques de **droit romain et de droit public et administratif** qui prédominent en France et dans les pays de culture étatiste et latine ; les systèmes de **droit libéral** issus de la *common law* britannique, prédominants dans l'Europe du Nord de culture protestante ; les systèmes de **droit germano-romain et de fédéralisme décentralisé** de l'Allemagne et de l'Europe centrale ; les systèmes de **planification centrale et de droit socialiste** de l'ancien bloc d'Europe de l'Est, dont les pays-membres sont aujourd'hui les nouveaux adhérents de l'Union, il existe toutefois un fonds commun européen, qui diffère sensiblement de l'approche américaine : des entreprises publiques ou semi-publiques ; un fort contrôle des ministères – que ce soit au niveau national ou régional – ; un degré élevé de syndicalisation ; un système de valeurs égalitaire – à savoir un compromis entre l'économie de marché et l'Etat dispensateur de biens collectifs d'infrastructures de base indispensable au développement et d'égalité de traitement entre les citoyens et les régions.

Dans la **conception étatique** –c'est par exemple la conception française– le service public est défini par la collectivité, par le constat de la carence du secteur privé à assurer la fourniture de services considérés comme essentiels (selon la définition de Duguit) : la gestion des services publics est assurée sous le contrôle étroit des ministères, avec un régime de monopoles d'Etat, et des concessions de services. C'est l'Etat, ou la collectivité publique locale, qui applique les règles d'organisation du service public –soit en en prenant en charge lui-même la gestion (régie directe), soit en le faisant exécuter, par délégation, par des entreprises privées dont il assure le contrôle, le contrôle étant assuré dans le cadre du **droit public** par la juridiction administrative.

Le principe fondamental en vigueur dans le **droit libéral** est au contraire celui de la liberté d'entreprise et du commerce. L'Etat n'intervient que par exception, lorsqu'il s'agit de **corriger les effets négatifs** du laisser-faire, de **sanctionner** des comportements fautifs et pour **arbitrer** des conflits. Cette intervention s'exerce *ex post* –et non *ex ante*– et relève pour une bonne part du pouvoir judiciaire, dans le cadre du droit commercial et du droit de la concurrence. Il n'existe ainsi quasiment pas d'entreprise publique aux Etats-Unis : la notion de tutelle politico-administrative – au sens où on peut l'entendre en Europe – y est réprouvée (voir l'annexe consacrée aux Etats-Unis).

Dans les divers systèmes de droit, **les instances chargées d'appliquer les règles ou de contrôler** le service public sont différentes. En régime de **droit public**, la création et la gestion d'un service public sont une compétence régaliennne : l'Etat décidant ce qui est service public et qui assure en même temps son contrôle – voire sa gestion directe par des régies publiques ou des entreprises nationalisées. En **droit libéral**, le service public émerge des arbitrages de la justice : c'est à l'ordre judiciaire qu'il appartient d'en assurer la régulation. En **droit fédéraliste**, le service public est créé et géré au plus près des citoyens, selon le principe de subsidiarité : c'est aux collectivités locales –municipalités, circonscriptions, régions, provinces, etc.– de le susciter et de le contrôler. En **droit socialiste** enfin, du type de celui qui régissait les démocraties populaires et les économies centralement planifiées, le service public répond à des besoins sociaux. Il est identifié et géré par les forces sociales : les syndicats de travailleurs et d'usagers sont donc appelés à jouer un rôle déterminant dans son contrôle et sa gestion.

Nos systèmes de droit en Europe étant influencés à des degrés divers par ces quatre philosophies juridiques, la régulation des services publics et des réseaux emprunte à ces **quatre modèles**. L'intervention du droit communautaire s'est appliquée à ces régimes très divers pour y introduire la dérégulation et un début d'homogénéisation.

4) La dynamique du Marché intérieur

La **construction européenne a joué un rôle décisif** dans la libéralisation des services publics industriels et commerciaux. Certains pays n'avaient pas attendu le Marché intérieur pour entreprendre les changements : ainsi le Royaume-Uni *thatchérien*, dès le début de la décennie 1980. D'autres ne l'ont fait que sous la contrainte –ou du moins l'influence– de la construction du Marché intérieur et des textes de droit communautaires. Mais l'Europe a conféré une cohérence d'ensemble à ces réformes..

Après la suppression des barrières douanières, le Marché intérieur –ou Marché unique européen– est né en 1985 de la décision commune des Etats membres d'étendre les règles du Marché commun dans les domaines dits abrités et dans les secteurs où existaient encore des **barrières non-tarifaires** et des réglementations entravant la concurrence. Après qu'un certain nombre de plaintes, de décisions de la Commission et d'arrêts de la Cour de Justice aient ouvert la voie dans le cadre de l'article 86 (ex article 90), le Traité dit de l'Acte unique européen a été adopté dans le contexte de la relance de la construction européenne, auquel était annexée une liste de trois cents directives à prendre avant 1993. Ce texte stipule l'application des règles de concurrence et de libre-échange aux secteurs qui en avaient jusqu'alors été **exclus** – en particulier les services publics des transports, de l'énergie et des communications – tout en substituant la **règle de la majorité qualifiée** à celle de l'unanimité pour l'adoption des textes communautaires de libéralisation. Cette modification, introduisant en fait le principe

fédéral, a conféré à la Commission un pouvoir pour imposer la libéralisation, face aux forces de résistance.

Il s'en est ensuivi un **mouvement inexorable**, agissant à la fois par la pédagogie et le droit –avec le processus des Livres verts et des directives d'ouverture à la concurrence, amplifiées par les décisions de la Direction générale de la concurrence et relayées par les arrêts de la Cour de justice. Dans tous les Etats membres de l'Union européenne, la dérégulation des services publics s'est imposée avec une force irrésistible par le truchement de la transposition en droit national des **directives et de l'application directe des règlements communautaires**.

L'adoption des grands textes du Marché intérieur a d'abord concerné les télécommunications (1988) ; le transport aérien (1990) et le transport ferroviaire (1991) pour s'étendre dans un deuxième temps et à la suite d'un processus plus difficile, à l'électricité (1996), au gaz (1998), à la poste (1998), etc. A la suite des premières directives de libéralisation, de nouvelles directives et de nouveaux règlements (« paquets » de libéralisation) ont été adoptés pour amplifier le mouvement et pour préciser les modalités souvent complexes.

La transposition en droit national des directives s'est effectuée à des **rythmes différents et selon des modalités diverses**, selon les pays, selon leur cadre institutionnel, selon leur culture juridique, selon les orientations politiques des gouvernements : certains prenant de l'avance et n'attendant pas l'Europe pour privatiser et introduire la concurrence, d'autres livrant des combats retardateurs au nom de l'exception nationale et de la subsidiarité et en invoquant des impératifs sociaux ou stratégiques.

L'Europe a donné une **unité à ces mouvements**. Il existe partout désormais une référence uniforme, celle du **droit communautaire**. Les services publics et les industries de réseaux, hier très cloisonnés et particularistes, sont désormais en interaction commerciale. Leurs régimes et leurs pratiques sont en voie d'homogénéisation. Le principe du monopole naturel a révélé sa puissance : les concentrations à l'échelle internationale ont pris le relais des monopoles nationaux démantelés.

Ainsi – avec la mise en place de la monnaie unique – l'ouverture au libre-échange et à la concurrence des services publics constitue sans nul doute l'avancée la plus marquante de la construction européenne que retiendra l'histoire au cours de ces dernières années et le **vecteur de réformes économiques structurelles le plus décisif**.

Toutefois, il apparaît que, contrairement à ce que pouvaient penser certains de ses théoriciens, la nécessité demeure d'une forme de régulation, différente du modèle précédent. De cette analyse, il résulte qu'il faut considérer la dérégulation non pas comme une fin –c'est à dire l'établissement d'un **nouveau régime stable** et qui pourrait se survivre, laissé à lui-même et immuable sur plusieurs décennies comme l'avait été le régime de services publics mis en place il y a un demi-siècle– mais au contraire comme le **début d'une période** mouvementée de restructurations industrielles et de bouleversements économiques de grande ampleur, d'évolutions juridiques et jurisprudentielles, et de débats politiques et sociaux controversés sur la régulation.

5) Le nouveau cadre des services publics en Europe

En Europe désormais, les règles sont communes. Mais les autorités chargées de les faire appliquer sont multiples et diverses et constituent un système de grande complexité. Dans les quinze Etats membres, des règles et des autorités de régulation nationales ont été mises en place, conformément aux exigences de la législation communautaire. Les anciens monopoles ont été abrogés, les opérateurs historiques ont été restructurés, de nouveaux entrants sont apparus sur les marchés. Les services de la Commission, le Conseil européen des ministres, la Cour de Justice prennent un rôle croissant, à côté des autorités nationales.

Hier, l'intérêt économique général était défini par une **autorité publique** – ayant de par sa nature même une compétence géographique délimitée : nationale, régionale ou locale – et de spécialisation sectorielle – le principe de spécialité étant attaché, lui aussi par nature, au service public, l'opérateur de service public ayant été créé pour un objet précis. Avec la dérégulation, les opérateurs historiques, qui étaient hier dédiés à un métier et restreints à un territoire délimité dans le cadre du principe de spécialité, sont désormais **délivrés** à la fois de leurs contraintes **d'exclusivité géographique et de spécialisation sectorielle**. Le partage géographique du marché institué par les régulations nationales fait place au marché international ouvert. Dès lors, les stratégies des opérateurs peuvent désormais se déployer sans frontières – en investissant de nouveaux domaines d'activités et en s'étendant à l'étranger.

Les **acteurs économiques** – que ce soit les opérateurs historiques ou les nouveaux entrants – ont très rapidement pris la dimension du marché européen dans leurs stratégies commerciales, d'investissements et d'alliances internationales, maintenant qu'ils sont libérés des contraintes de spécialité sectorielle et de confinement territorial. Désormais, c'est ce marché européen qui constitue leur **véritable marché domestique**. Et ce mouvement ne fait que débiter.

Hier cloisonnés à l'intérieur des frontières nationales et des territoires de concessions ou bien régis par des ententes à caractère plus ou moins restrictif conclues entre des monopoles nationaux (les organisations internationales de réseaux, telles que l'UIC, l'UIT, l'UPU, l'UNIPÉDE, etc.), les échanges transfrontaliers ont été libérés. Les flux de services se développent dès lors rapidement au sein du marché européen : exportations et importations de courant électrique, grâce au transport pour compte de tiers sur les réseaux à haute tension et à l'accès direct des producteurs aux consommateurs ; circulation internationale des trains, des avions, des autocars, etc.

Parallèlement, les investissements à l'étranger des opérateurs se sont multipliés. Dans la téléphonie mobile, les rivalités pour la conquête de positions dominantes sur le marché européen ont donné lieu en 1999 et 2000 à de vastes opérations de fusions-acquisitions visant à l'effet de taille, donnant lieu à des comportements parfois spéculatifs. France Télécom, British Telecom, Deutsche Telekom, Telefonica, Telecom Italia se sont lancés dans une course parfois dispendieuse à la conquête de positions stratégiques sur le marché européen. De même dans le transport aérien, l'électricité, le gaz naturel, le transport ferroviaire, la poste, les grandes manœuvres ont commencé. Ainsi, dans le secteur électrique, où de puissants mouvements de concentration sont en cours et où plusieurs grands opérateurs tels qu'Eon, Endesa, RWE ont acquis des filiales et participations dans d'autres pays. EDF est ainsi présente aujourd'hui dans plus de vingt pays étrangers, notamment en occupant par ses filiales la

deuxième, troisième ou quatrième place dans les pays limitrophes de la France : Italie, Royaume-Uni, RFA, Espagne. British Airways, Air France, Lufthansa, alliés à des homologues américains, restructurent le marché aérien européen, où le réseau des lignes s'est profondément transformé.

Dans le transport ferroviaire, la Deutsche Bahn et la SNCF auront vocation à s'affirmer comme leaders du marché européen ouvert. Les opérateurs de service public, hier nationaux, deviennent des **firmes multinationales** – et peut-être demain – comme l'étaient souvent, jadis, leurs prédécesseurs d'avant la nationalisation – de vastes conglomérats diversifiés, appuyant leurs stratégies d'expansion sur leurs rentes de monopoles souvent considérables (*multi-utility companies*). En même temps, des opérateurs de taille moyenne occupent les créneaux du marché. Les consultants en stratégies et les banques d'investissements ont aujourd'hui de beaux carnets de commande pour susciter fusions, diversifications et acquisitions : les autorités chargées du contrôle des concentrations, et les experts juridiques en positions dominantes ont de leur côté beaucoup de travail.

Les alliances internationales se sont multipliées entre opérateurs. Ainsi, dans le transport aérien, les trois principales entreprises européennes – française, allemande, britannique – se sont placées en position-pivot d'alliances transatlantiques, regroupant autour d'elles les compagnies aériennes européennes de taille moyenne qui, faute de trouver leur place, sont condamnées à disparaître.

On constate que, si l'établissement de la concurrence dans le **transport aérien** aux Etats-Unis depuis 1978 a rapidement introduit de nouveaux entrants qui sont devenus très puissants au détriment des anciens acteurs internationaux – les compagnies aériennes régionales américaines disposant de *hubs* étendus de collecte de clientèles – le secteur est aujourd'hui en voie de concentration rapide cette fois au niveau du marché mondial – avec l'émergence de trois ou quatre blocs d'alliances agrégeant une multitude de compagnies autour d'axes transatlantiques construits autour d'un major américain et d'un major européen. Le risque de cartellisation suscitera probablement un besoin de régulation à l'échelle globale.

De même, dans les **télécommunications** libéralisées, on a assisté à des fusions et concentrations de grande ampleur mobilisant des centaines de milliards de dollars de financement. Des groupes financiers géants se sont lancés à la conquête de la « nouvelle économie » et de la « toile », visant à acquérir des positions stratégiques dominantes sur le réseau de téléphonie mobile, sur les médias globaux et sur Internet. Comme pour toute industrie de réseau, où l'avantage comparatif est gouverné par **l'effet d'envergure**, la course à la taille de la part des opérateurs concurrents pour la conquête du marché s'est traduite par la hausse vertigineuse des valeurs boursières, suivie par une chute non moins vertigineuse, qui a conduit certains d'entre eux à la faillite. De leur côté, l'effet d'innovation et les perspectives de croissance à deux chiffres sur plusieurs années avaient gonflé les coefficients multiplicateurs : les cinq plus importantes capitalisations boursières de l'an 2000 concernaient des

entreprises des secteurs des logiciels informatiques, des microprocesseurs, et des réseaux Internet et des médias avant de s'effondrer spectaculairement. La spéculation financière, les manœuvres comptables et boursières et la législation *antitrust* frappent désormais les géants de la nouvelle économie comme elle frappa jadis les réseaux de chemins de fer, les réseaux de transport pétrolier et les réseaux d'électricité. Microsoft a été condamné pour avoir voulu monopoliser l'accès à Internet, comme jadis le système Bell suscita la mise sous contrôle du monopole du téléphone ATT. En conséquence de cette extension des territoires d'action, la régulation des acteurs économiques est appelée à étendre la **maille géographique de son territoire d'exercice**. Avant-hier locale et régionale, hier nationale, la régulation doit se transposer à l'échelle du nouveau marché pertinent.

Enfin, de nouveaux impératifs sociaux sont apparus. « Internet pour tous », la « fracture numérique » et les inégalités majeures qui se profilent dans l'accès à Internet et aux téléphones mobiles commencent par exemple de susciter un appel à l'égalité de traitement et au service universel à l'échelle nationale et mondiale, comme jadis l'accès des campagnes au transport ferroviaire et à l'électricité.

6) Naissance d'un espace de régulation européen

L'eupéanisation et la globalisation des marchés des services publics engendrent à l'évidence un besoin de régulations nouvelles, s'exerçant cette fois à l'échelle d'une maille territoriale débordant les frontières nationales – et tout particulièrement la maille continentale : celle du Marché européen. La maille de ce marché dépend de la technologie en cause : le transport de l'eau s'effectue sur de courtes distances – le territoire d'une municipalité ; celui de l'électricité sur des distances régionales ; celui des données informatiques sur des distances mondiales (la « toile mondiale » ou *world wide web*).

Certains avocats de la dérégulation des secteurs et réseaux estimaient qu'à l'issue d'une période de transition imposée par la contrainte, ces secteurs seraient banalisés et pourraient, comme les autres marchés, être régis seulement par les règles générales du libre-échange et de la concurrence. A l'expérience, il n'en est rien.

L'histoire de la régulation européenne ne s'arrête donc pas une fois que les directives d'ouverture des marchés sont adoptées et transposées dans le droit national des Etats membres. En particulier pour surveiller les conditions de la transposition qui n'est pas, on l'a maintes fois constaté, sans engendrer des difficultés. Ou pour assurer la séparation effective du régulateur et du régulé, ou pour conforter l'indépendance du régulateur.

En tout état de cause, les **frontières nationales sont dépassées** du fait de la dérégulation : selon le type d'activité et de technologie, le nouveau territoire pertinent de régulation peut être le marché de l'Europe – par exemple pour le transport de gaz, pour les chemins de fer, etc. – ou le marché global – par exemple pour le transport aérien, pour les télécommunications. Même pour les réseaux de maille nationale ou régionale (l'électricité par exemple) la **surveillance du commerce inter-états** requiert une régulation à l'échelle européenne. Le rôle de **contrôle des concentrations** et de répression des abus de position dominante à l'échelle du marché global a d'ores et déjà été occupé en partie par les autorités de concurrence des Etats-Unis ainsi que, dans une mesure moindre, de l'Europe.

Le processus de contrôle et de régulation des marchés concernés, à l'échelle internationale et européenne n'en est qu'à ses débuts, accompagné par les évolutions institutionnelles : l'Union européenne et l'OMC sont appelés à être les lieux privilégiés des débats sur la régulation internationale des marchés sensibles. Les directives européennes continueront demain d'ouvrir le champ de la concurrence, au-delà des dispositions des premières directives fondatrices. La question se pose dès lors s'il faut instituer une régulation à l'échelle de l'Europe et quelles formes institutionnelles il faut lui donner.

Reprenant la trilogie du système de régulation –qui comporte un code de règles, une instance pour les appliquer et une structure d'opérateurs– notons que les **règles européennes** existent. Ce sont :

- d'une part les **règles générales** de concurrence figurant dans le Traité (articles 81 et 82 CE, ainsi que l'article 86 CE qui dispose de leur application aux services publics) et le code jurisprudentiel fourni qui leur est associé ;
- d'autre part les **règles spécialisées** établies notamment par les directives sectorielles de dérégulation adoptées depuis une décennie dans le cadre du Marché intérieur.

La régulation n'est déjà plus entièrement nationale : la compétence des Etats est d'ores et déjà limitée par l'application des traités, s'agissant des services d'intérêt économique général. La norme du droit communautaire est hiérarchiquement supérieure à la norme nationale. En particulier, certaines formes de régulation nationale sont interdites par le Traité : la jurisprudence est constante pour interdire aux Etats membres, sauf cas exceptionnels justifiés par les missions de service public, de prendre des dispositions qui mettraient les entreprises opératrices hors du champ du droit de la concurrence (article 86 CE). Ces règles sont **évolutives** : au-delà des directives originelles, leur élaboration se poursuit et se précise chaque année davantage : mais le **cadre communautaire est désormais en place**.

Les **concentrations économiques** et financières, de plus en plus spectaculaires, de plus en plus massives, s'opèrent désormais à l'échelle du marché européen – voire du marché mondial. Les autorités communautaires sont appelées à les autoriser, c'est à dire à surveiller de manière continue les conditions fixées à leur approbation. Il faut aussi négocier au niveau international, en premier lieu avec les Etats-Unis, notamment dans le cadre de l'OMC.

Mais la bonne réalisation du marché intérieur requiert aussi la coordination et l'harmonisation des règles nationales d'organisation des marchés, leur reconnaissance mutuelle, l'application du principe de réciprocité –et ce afin d'éviter des distorsions de concurrence, notamment s'agissant des conditions d'accès au marché, des règles techniques, de l'attribution des licences, etc. A la suite des restructurations imposées par des directives communautaires, les systèmes de régulation en Europe sont toujours très divers et manquent d'homogénéité. Enfin, le besoin d'assurer la réalisation des objectifs d'intérêt économique général à l'échelle européenne se manifeste, ainsi que le relèvent les prises de position de la Commission et du Conseil, et le Livre Vert de mai 2003.

La dérégulation ne **supprime pas l'intérêt économique général ni le service public** : elle fait seulement en sorte qu'on ne confonde plus le service avec l'entreprise chargée de le gérer. Une entreprise, fut-elle publique, ne saurait être considérée comme un service public en soi. Les anciennes formes de régulation des services publics ne se limitaient pas au contrôle des positions dominantes. S'il y avait des régimes de monopoles, des concessions de service public, des droits exclusifs, c'était pour remplir des fonctions que la collectivité considère comme essentielles et dont l'actualité n'a pas nécessairement disparu dans le monde moderne : obligation de fourniture et continuité du service ; fourniture au public de biens et services au niveau socialement souhaité ; couverture universelle et égalité d'accès ; mission d'intérêt national à remplir ; etc. Le privilège que constitue une protection contre la concurrence exorbitante du droit commun l'était en contrepartie de contraintes qui sont imposées au bénéficiaire de cette protection : obligation de fourniture, service universel, égalité de traitement, etc. Ouvrir la concurrence, c'est courir le risque de mettre en cause ces missions d'intérêt général confiées aux services publics.

La nouvelle régulation oblige donc à analyser plus finement les missions d'intérêt général, **à les r? valuer**, à les revalider, à les relégitimer en permanence et à rendre compatible le service public et la concurrence. Il faut désormais **définir une conception européenne du service public et préciser ses règles normatives**.

Les règles européennes auront donc aussi pour fonction essentielle d'identifier, au-delà des différences nationales, les missions d'intérêt général européen à prendre en compte et à faire appliquer –et ce en fonction des évolutions des techniques et des besoins sociaux. **L'évaluation et le benchmarking international** seront des missions primordiales. L'adaptabilité est une des règles fondamentales du service public. Le service public ne sera –ainsi par exemple qu'on peut l'observer aujourd'hui avec le débat sur l'accès universel aux services Internet- plus seulement un objet statique hérité du passé mais une notion évolutive et moderne soumise au débat permanent avec la participation des citoyens mis en mesure de s'informer et de s'exprimer.

Il est tout particulièrement de la compétence de la régulation communautaire de veiller au **développement adéquate des réseaux transfrontaliers**, objectif déjà signalé par le Rapport Delors de 1994, invitant les Etats membres à entreprendre un programme de grands travaux pour la relance de la croissance et de l'emploi. Par rapport aux approches nationales de la planification autocentrée des investissements de réseaux, les liaisons transfrontières ont actuellement un maillage insuffisant. Les réseaux d'infrastructures transeuropéens souhaités par le Titre XV TCE (articles 154, 155, 156), ex-titre 14 du Traité de Maastricht, sont bien transeuropéens : il faudra des coopérations à l'échelle communautaire pour les créer, et l'intérêt collectif européen peut commander la mise en place urgente de maillons manquants.

Les problèmes d'harmonisation économiques et de standardisation technique ne peuvent pas non plus être traités à l'échelle nationale. Ne faudrait-il pas concevoir une procédure de **déclaration d'utilité publique européenne** et des schémas de financement appropriés, dans le prolongement du Titre XIV du Traité de Maastricht et de la liste des travaux prioritaires adoptée aux Sommets d'Essen et de Corfou et réactualisés par le rapport Van Miert et l'initiative de croissance par les grands travaux de la présidence italienne de juillet 2003 ? Là encore, il existe une référence empruntée au modèle fédéral américain : celle du programme des autoroutes fédérales des administrations Truman et Eisenhower (*interstate highways*), ou des *information highways* du vice-président Al Gore.

Le contrôle **des conditions d'accès aux réseaux constitue une compétence qui est par nature communautaire**. En facteur commun de l'ouverture à la concurrence des secteurs de réseaux, on trouve la « clause d'accès ouvert » (*open network provision*) – encore appelée “accès des tiers au réseau” (*third party access*) ou encore «roulage obligatoire» (*mandatory wheeling*). Ces concepts réglementaires sont en fait l'application, aux secteurs du transport d'électricité et de gaz, du transport ferroviaire, du transport d'informations, etc., du « principe de l'autoroute » : le propriétaire de l'infrastructure doit en ouvrir l'accès à tout exploitant du service qui en présente la demande, moyennant un droit de péage transparent, équitable et raisonnable. La mission de l'application des règles ONP pourrait être la première définition de fonction d'instances spécialisées de régulation à créer dans tous les secteurs de réseaux à maille européenne.

Les « principes ONP », dérivés du concept d'abus figurant dans l'article 86 du Traité de la Communauté européenne, constituent d'ores et déjà un cadre régulateur sectoriel et communautaire qui comporte les principales règles suivantes :

- un opérateur ayant une part de marché supérieure à 25% est soumis à un contrôle permanent ;
- l'opérateur doit garantir la fourniture d'un service minimum ;
- les conditions d'accès doivent être fondées sur des critères objectifs, non discriminatoires, transparents, publiés ;
- les prix doivent être proches des coûts ;
- les Etats membres doivent fixer des règles conformes à ces principes et organiser les procédures de règlement des conflits ;
- le service universel est reconnu et fait l'objet d'un calcul économique.

Ces principes, déjà fixés dans le secteur des télécommunications, pourraient être généralisés à l'ensemble des secteurs de réseaux transeuropéens établissant le principe d'infrastructures essentielles d'utilité publique communautaire régulées par des instances communautaires spécialisées.

7) Le besoin d'un système de régulation européen

Edicter des règles ne suffit pas : il faut aussi **les appliquer et les faire respecter**. La régulation n'est pas achevée par la simple adoption d'un texte législatif dont on laisse l'application à la charge des seuls tribunaux ordinaires. Elle exige une connaissance détaillée de l'activité régulée et une participation approfondie à cette activité. Il faut des organes spécialisés et dotés de compétences techniques approfondies, qui soient capables non seulement de réglementer mais aussi d'enquêter et de faire respecter. La question qui se pose est de savoir si les développements intervenus depuis une décennie dans les règles européennes (principalement les directives sectorielles de dérégulation) –qui ont généralement suscité la création d'autorités de régulation nationale dans les secteurs concernés– requiert la création **d'instances communautaires spécialisées**.

Les instances chargées de veiller à l'application de la régulation européenne existent déjà, elles aussi. Ce sont respectivement :

- la Commission –et plus particulièrement sa **direction chargée de la Concurrence** ;
- les **tribunaux nationaux** –à savoir les tribunaux ordinaires chargés de l’application du droit de la concurrence, ou les juridictions chargées du droit public ;
- la **Cour de Justice**, qui intervient dans les litiges entre particuliers sous la forme d’avis donnés aux tribunaux nationaux ;
- les **instances de régulation nationales spécialisées** qui peuvent être des administrations ministérielles ou des autorités indépendantes.

Face à ces besoins de règles communautaires, on peut faire le constat d’un **retard au niveau des instances** chargées de les appliquer. Il ne suffit pas de poser des règles : il faut aussi se mettre en mesure de les faire appliquer et donc poser la question du **système européen de régulation**. Ainsi qu’on l’observe fréquemment, il existe un décalage entre les innovations techniques et économiques et le développement des institutions efficaces pour mettre en œuvre les nouvelles politiques. Il faut un certain temps pour que les esprits prennent conscience du nouveau contexte. Il faut aussi lutter contre les résistances aux changements, particulièrement nombreuses et puissantes s’agissant de créations institutionnelles nouvelles.

Notons que, de même qu’il existe un code de règles européennes –les articles du Traité, les directives sectorielles du Marché intérieur, la jurisprudence associée, le droit dérivé– il existe aussi déjà des instances chargées de les faire appliquer qui constituent un système complexe et multiforme. Convient-il d’apporter des réformes au système de régulation existant ? Faut-il des régulateurs spécialisés par secteur ou peut-on se contenter de l’application générale des règles de concurrence ? Convient-il de séparer les fonctions, actuellement amalgamées au sein de la Direction générale de la concurrence, de procureur de l’action publique et de juge de la concurrence ? Faut-il créer un Office des Cartels indépendant de la Commission ? La Cour de Justice, qui n’intervient actuellement dans les litiges entre acteurs économiques qu’en réponse à des questions posées par les tribunaux nationaux (questions préjudicielles), doit-elle se doter de chambres spécialisées dotées de l’expertise technique adéquate pour appliquer la régulation ?

Pour coordonner et pour harmoniser l’application de ces dispositions dans les Etats membres, pour surveiller les transits transfrontaliers, pour veiller au développement à un niveau satisfaisant des liaisons transfrontalières, faut-il une régulation communautaire pour se substituer à la coexistence cloisonnée des régulations nationales ? Suffit-il que cette coordination soit assurée par un forum de régulateurs nationaux qui y échangent des informations entre eux et avec les Comités de comitologie assistant la Commission ? La complexité et la technicité sont inhérentes à la régulation des industries de réseaux. Le dialogue avec les opérateurs, l’écoute des milieux compétents est nécessaire, la concertation permanente entre les autorités nationales est indispensable. Mais ce système complexe, au point où il en est parvenu, a besoin d’une hiérarchisation des fonctions et d’une spécification des compétences.

L’émergence possible d’autorités européennes de régulation par grands secteurs commence d’être de plus en plus fréquemment évoquée dans les milieux professionnels concernés : opérateurs économiques ;

régulateurs nationaux ; institutions communautaires. C'est dans le secteur des télécommunications que la réflexion sur une autorité européenne de régulation –une équivalente de la FCC américaine– a été la plus avancée tout en restant pour l'instant sans conclusion positive.

III.b – « La régulation des réseaux à l'échelle fédérale : enseignements pour l'Europe de l'expérience américaine »

par Christian Stoffaës,

1) Bruxelles et Washington : l'État fédéral et le droit libéral

Le modèle américain constitue une référence utile à l'Europe pour deux raisons :

- le régime constitutionnel américain est celui d'une **fédération** : le service public est régi par le principe de subsidiarité géré par les collectivités locales et les états fédérés. La régulation des services publics au niveau fédéral s'est construite par l'extension de la maille économique pertinente pour l'organisation des marchés et par l'institution progressive de pouvoirs fédéraux se superposant –le cas échéant se substituant– aux pouvoirs régulateurs des états. Cette démarche s'est accomplie pour des raisons pragmatiques sous la pression de la nécessité, et ce malgré la défiance innée de la philosophie politique américaine à l'égard du pouvoir central.

En revanche, d'autres éléments tracent les limites de la comparaison. L'économie américaine fonctionne sur le principe des libertés économiques. La «régulation» y est apparue pour protéger l'intérêt public face aux défaillances du marché en instituant les services d'utilité publique. En Europe, le service public préexistait à l'Union européenne, issu de longues traditions historiques d'Etat centralisé et d'interventions des collectivités publiques : la régulation est intervenue pour libéraliser les monopoles et les services publics institués au niveau national. Dans la plupart des Etats européens –en particulier en France– à côté de la régulation, les ministères et leurs services continuent de disposer d'une part importante des compétences ;

- la *common law* anglo-saxonne est un **droit libéral** : c'est la règle à la fois «commune» – donc applicable à l'Etat de la même manière qu'aux personnes privées – et «coutumière» – c'est à dire façonnée progressivement par la jurisprudence et par le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en fonction de l'état des mœurs et des mentalités, à partir de quelques principes fondamentaux, dont celui de la liberté d'entreprendre et de commercer. Ainsi le Royaume-Uni n'a-t-il pas de constitution écrite et la Cour Suprême des Etats-Unis joue-t-elle un rôle juridictionnel aussi important que le Congrès dans l'élaboration des normes s'agissant des principes fondamentaux.

Ainsi, le gouvernement fédéral ne prend-il qu'exceptionnellement l'initiative de créer des services publics fédéraux –par exemple les grands aménagements hydrauliques au cours des années 1930 ; les autoroutes inter-états dans les années 1940– ou de nationaliser les opérateurs —par exemple le service postal au milieu du XIXème siècle. Il constate la nécessité d'agir sur un marché lorsqu'un marché est défaillant ou qu'il engendre des conflits, et établit une régulation de ce marché. C'est non pas la volonté du pouvoir exécutif mais l'application du droit –en particulier le droit commercial et le droit de la concurrence– qui en a fait apparaître la nécessité, dans le cadre d'arrêts des tribunaux et de la Cour Suprême. Le Congrès a ensuite légiféré pour créer les autorités fédérales de régulation, fixer leurs compétences, dessiner leurs organes. Le service public est constaté *a posteriori* : il n'est pas institué *a priori* de par la volonté de l'exécutif. Le juge Brandeis qualifie ainsi la régulation comme l'exécutif du législatif et du judiciaire.

Comme le droit communautaire, le modèle de régulation américain est donc celui d'un «droit sans Etat» et d'une **approche jurisprudentielle et évolutive**. Ce qui le différencie profondément des modèles de régulation construits sur l'Etat régalien de puissance publique, développés dans les pays de droit romain (en France tout particulièrement) où l'Etat décide souverainement – « arbitrairement » dirait-on outre-Atlantique – par la loi ou par un acte de l'exécutif – que telle ou telle activité mérite la qualification de service public en raison de ses enjeux économiques et sociaux. Dans cette conception étatique, le service public est défini par la collectivité publique, par le constat de la carence du secteur privé à assurer la fourniture de services sociaux considérés comme essentiels. C'est aussi l'Etat qui applique les règles d'organisation du service public – soit en prenant en charge lui-même la gestion en régie directe ou par un établissement public, soit en nationalisant les entreprises privées, soit en le faisant exécuter, par délégation ou une concession, par des entreprises privées dont il assure le contrôle.

2) La régulation dans l'équilibre des pouvoirs constitutionnels

Le principe fondamental en vigueur dans le droit libéral est au contraire celui de la liberté d'entreprise et du commerce. L'Etat n'intervient que par exception, essentiellement à travers le pouvoir des juges lorsqu'il y a défaillance du marché à assurer l'intérêt public, lorsqu'il s'agit de **corriger les effets négatifs** du laisser-faire, de **sanctionner** des comportements fautifs et pour **arbitrer** des conflits entre producteurs, ainsi qu'entre producteurs et consommateurs. Il n'existe ainsi quasiment pas d'entreprise publique aux Etats-Unis en dehors de la Poste fédérale (*US Postal Services*). Le service public y apparaît, en définitive, comme le prolongement des règles de concurrence. La régulation est en quelque sorte le contre-pouvoir que la démocratie américaine oppose à l'excès de pouvoir économique et financier, qui s'incarne dans les *trusts* et le *big business*. Dans le droit libéral, le service public est une forme de l'antitrust – contrôler les marchés pour prévenir les abus. Dans le droit public, la nationalisation pourrait être considérée comme une forme de politique de la concurrence : s'il y a un monopole de fait, c'est à l'Etat de le gérer.

Dans la *common law*, il n'y a pas de **distinction tranchée** entre les diverses sources du droit que sont les lois, les règlements et la jurisprudence. Pour appliquer les règles instituées, pour encadrer les marchés régulés, le système constitutionnel américain préfère la formule des agences de régulation à celle communément appliquée en Europe des administrations et des ministères.

La création d'instances spécialisées par secteurs pour contrôler les services publics a répondu essentiellement à une **nécessité pragmatique** : désencombrer les tribunaux, spécialiser les experts, ne pas surcharger l'administration. Se défiant de l'excès de pouvoir exécutif (*abuse of discretion*) autant que de l'excès de pouvoir économique, ennemi de l'arbitraire, la *common law* s'appuie sur une approche juridictionnelle, avec les méthodes et les garanties de procédures de la justice (*due process*) garantissant aux justiciables – opérateurs comme usagers – l'équité et la transparence.

A tout pouvoir, il convient d'opposer un autre pouvoir (*countervailing power*). Le pouvoir de régulation dans le système de droit américain, s'analyse donc comme un « quatrième pouvoir » (encore dénommé *administrative power*) qui emprunte simultanément aux trois catégories décrites par Montesquieu que distingue la démocratie constitutionnelle :

- le **pouvoir exécutif**, l'autorité de régulation prenant des **décisions individuelles** telles que : octroi de licences d'exploitation ; attribution de concessions ; fixation de tarifs ; etc.
- le **pouvoir législatif**, édictant des **textes de portée générale** –des lois, des normes et des règles de fonctionnement et de comportement ;
- le **pouvoir judiciaire, arbitrant les conflits** d'une part entre opérateurs, d'autre part entre opérateurs et usagers et clients, rendant des jugements, infligeant des **sanctions** et des pénalités aux contrevenants, avec des garanties de procédures. A l'ordre judiciaire, le pouvoir de régulation emprunte l'indépendance des juges, la collégialité des décisions, la transparence, la règle du contradictoire, le recours.

Dans tout régime de démocratie constitutionnelle à caractère fédéral, la délégation de pouvoir à des entités administratives plus ou moins indépendantes pose de délicats problèmes politiques. La référence américaine des débats sur la non-délégation est là encore utile au débat sur la « gouvernance européenne » et sur le rôle des agences communautaires.

La philosophie politique américaine valorise deux principes :

- la défiance à l'égard de l'arbitraire administratif : pas de législation sans représentation ; le pouvoir normatif ressort exclusivement d'assemblées élues ; son application de l'ordre judiciaire, sous garantie de procédure et d'indépendance ;
- la subsidiarité, la compétence du pouvoir fédéral ne commençant que là où s'arrête celle des Etats fédérés.

En conséquence de ces principes, toute délégation de pouvoir contraignant à l'égard des tiers à des organes non élus et non judiciaires apparaît contraire aux principes. « L'administration », surtout lorsqu'elle est fédérale, est mal vue, facilement assimilée au pouvoir des « bureaucrates », située loin du peuple et non soumise au contrôle démocratique. La défiance à l'égard du pouvoir de Washington est un thème récurrent du débat politique américain tout comme l'est aujourd'hui, en Europe, la critique du « déficit démocratique » des technocrates de Bruxelles. Toute construction administrative nouvelle aux Etats-Unis est dès lors regardée avec méfiance. Le législateur ne s'y résigne qu'à regret et qu'après avoir recherché la possibilité de déléguer une parcelle de son pouvoir normatif à des agences existantes, plutôt que d'en créer de nouvelles.

Le régime institutionnel des nations centralisées dont la France est un exemple de référence, fonctionne au contraire sur le principe de la préminence de l'Etat, gardien de l'intérêt général, et maître du champ réglementaire : la Constitution de la Vème République limite ainsi étroitement le champ de la loi et confère au pouvoir exécutif une compétence exclusive sur le champ du règlement. La défiance à l'égard de « l'arbitraire administratif » cède la place à la défiance à l'égard du « régime d'assemblée » et du « pouvoir des juges ».

Cette doctrine de la non-délégation a été solidement implantée par les pères fondateurs de la Constitution et demeure profondément enracinée dans la philosophie politique américaine. Elle dut

toutefois composer avec les nécessités pratiques imposées par la complexité technique croissante des questions que le législateur et le juge étaient appelés à traiter dans le domaine économique.

La fin du XIX^{ème} siècle est marquée par l'émergence du pouvoir régulateur fédéral, à une époque où la croissance économique rapide engendre de puissantes concentrations financières, notamment dans les secteurs de réseaux et que se développent les échanges inter-états sous l'influence de l'intégration du marché américain et du développement du transport ferroviaire. Un demi-siècle plus tard, l'enjeu de la bataille du New Deal porte essentiellement sur les pouvoirs de régulation économique à confier à l'administration fédérale pour lutter contre les conséquences de la Grande Dépression. Les nombreuses agences de régulation fédérale instituées par le Congrès à majorité démocrate se voient attribuer de vastes délégations pour agir efficacement dans la lutte contre la déflation. Le combat d'arrière garde de la Cour Suprême conservatrice avec les arrêts *Shecter Parltey* et *Panama Refining* déclarant inconstitutionnel le *National Industrial Recovery Act* marquera la limite de la doctrine de la non-délégation.

3) Le développement de la régulation au niveau fédéral

Aux Etats-Unis, l'intervention publique dans les services d'intérêt collectif apparaît dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, à une époque où se constituent **les grandes entreprises à l'échelle du marché continental**. Des monopoles de fait apparaissent dans certains secteurs de l'économie –en particulier dans les chemins de fer, le moyen de transport dominant de l'époque, dont les grands groupes capitalistes se disputent le contrôle des réseaux.

L'arrêt *Munn versus Illinois* –sur une affaire concernant le comportement monopoliste abusif d'une entreprise gérant des silos à grains opposée aux fermiers du Midwest– établit le principe de l'utilité publique (*public utility*). Selon cette doctrine juridique, lorsqu'il y a à la fois nécessité et monopole, l'intérêt public commande de contrôler l'activité de l'entreprise monopolistique (*Brandeis*) – en particulier ses tarifs et la qualité de ses prestations – dans le but de protéger les usagers et d'instituer l'égal accès, ou service universel. Le propriétaire-exploitant d'une infrastructure essentielle (*essential facility*) **doit se soumettre au contrôle public** dans le bien commun.

A partir de cet arrêt fondateur, la jurisprudence a élaboré les principes de la régulation qui, au fond, ne diffèrent pas tant de ceux qu'on rencontre dans le droit public français, et ce même si l'on y parvient par des voies juridiques toutes différentes – obligation de desserte ou service universel, continuité du service, égalité de traitement, tarification raisonnable. L'application des règles de concurrence aboutit ainsi au service public, par d'autres moyens que l'instauration d'un monopole public.

La régulation s'est manifestée d'abord au niveau local et municipal, pour encadrer la gestion des services publics d'emprise locale régis par des contrats avec les municipalités –par exemple pour la gestion des réseaux urbains de voirie, de transports d'eau et d'assainissement. Dans certains cas, la collectivité publique locale exerce elle-même la gestion en régie directe : ainsi existe-t-il encore aujourd'hui un millier de services municipaux de distribution électrique.

La gestion municipale est critiquée pour son inefficacité et pour son clientélisme électoral voire sa corruption. Au début du XX^{ème} siècle, pour répondre aux inefficacités de la régulation locale, à l'extension de l'emprise géographique de la maille des réseaux et aux concentrations financières des entreprises concessionnaires, la régulation se transfère au niveau des états fédérés. Les législateurs des états instituent des *public utilities commissions* organes collégiaux mandatés par la loi pour exercer des pouvoirs législatifs réglementaires et judiciaires. La régulation se transfère ensuite au niveau des Etats fédérés. Quelques états jouent à cet égard un rôle pionnier et ce dès la fin du XIX^{ème} siècle : le Massachussets, l'Illinois, le Wisconsin. Les autorités sont voulues « indépendantes » afin de les soustraire aux influences politiques et financières. Ce sont des sortes de cours judiciaires plutôt que des agences exécutives s'appuyant sur des auditions et des débats contradictoires, contrôlant étroitement les appels d'offre et les tarifs.

Rapidement, l'extension nationale de l'emprise des réseaux et des groupes capitalistes (*holdings, trusts*) qui les contrôlent empêche de résoudre tous les problèmes au niveau des états. Des abus de position dominante dépassant leur échelle territoriale font ainsi l'objet de plaintes. Le chemin de fer est le secteur où la nécessité d'une régulation inter-états apparaît d'abord. Dans le secteur ferroviaire, la concurrence est jugée sauvage et ruineuse pour l'économie et le capitalisme prédateur est vivement critiqué. En 1886, par l'arrêt *Pacific Railway*, la Cour suprême autorise le Congrès à légiférer. L'article de la Constitution qui autorise les interventions fédérales dans le commerce entre les états, l'*Interstate Commerce Clause* n'est pas sans rappeler la base juridique de l'intervention de la Communauté européenne, « chaque fois que les échanges sont affectés ». Le Congrès vote en 1887 l'*Interstate Commerce Act*, loi-cadre créant la première autorité fédérale investie de pouvoirs généraux de contrôle de la concurrence, qui sera appelée à servir de modèle à toutes les futures commissions de régulation spécialisées au niveau fédéral, l'*Interstate Commerce Commission* (ICC). La première commission de régulation fédérale, l'*Interstate Commerce Commission* (ICC) exerce sa compétence dans le secteur des chemins de fer fédéraux, inspirée de commissions créées en 1869 dans l'Illinois et le Massachussets. Progressivement, les compétences de l'ICC s'étendent à d'autres secteurs de réseaux : le transport de pétrole (1906) ; le télégraphe et le téléphone (1910), l'énergie hydroélectrique (1920).

En même temps qu'il entreprend de réglementer les monopoles jugés nécessaires, l'Etat fédéral s'applique aussi à démanteler les monopoles jugés abusifs à l'égard des consommateurs ou des petits producteurs. Un arsenal législatif est mis en place à cette fin, atteinte fondamentale à la liberté d'entreprise estimeront les milieux du *big business* et le Parti républicain. Le *Sherman Act* de 1890, acte fondateur de la loi *antitrust*, prohibe les ententes et réprime les abus de position dominante. Le *Clayton Act* de 1914 institue la *Federal Trade Commission*, chargée de réprimer les pratiques commerciales déloyales. Le combat contre les monopoles devient un thème électoral majeur pour le Parti Démocrate, sur lequel des leaders politiques construisent leur carrière : Théodore Roosevelt, La Folette, gouverneur du Wisconsin. Symbole des trusts, la *Standard Oil*, qui a édifié une position de monopole dans le secteur pétrolier, est démantelée en plusieurs entités régionales, tout comme le sera sous le *New Deal* la *Commonwealth Edison* dans le secteur électrique.

Démanteler ou réglementer les concentrations économiques excessives : la simultanéité des législations *antitrust* et des lois de régulation des services publics n'est pas le fruit du hasard. Elle marque, au contraire, une époque –celle où le développement des forces capitalistes et des nouvelles technologies oblige le gouvernement à intervenir dans l'économie en renonçant au dogme du « laissez-faire ». Ces législations révèlent en outre un trait profond du modèle américain. La norme aux Etats-Unis est la concurrence, l'exception, le monopole régulé. Celui-ci n'est admis que dans les cas, analysés par les économistes, où les économies d'échelle apportent des rendements croissants. Il s'agit par la double législation –*antitrust* et institution de régulations sectorielles– de protéger le libéralisme économique contre ses propres excès.

Le *New Deal* marque une nouvelle étape. L'Administration Roosevelt et le Congrès à majorité démocrate vont introduire des considérations sociales et d'intérêt public que dépassent largement les objectifs de *l'antitrust*. La nécessité du «service universel» de fourniture à tous les citoyens d'un service essentiel s'impose dans certains secteurs –par exemple le téléphone, l'électrification rurale, l'accès aux autoroutes– imposant l'obligation de fournitures. La grande Dépression a accéléré le mouvement de concentration dans tous les secteurs, en particulier les industries de réseaux. Le *New Deal* va à la fois encourager le démantèlement des monopoles et développer la régulation fédérale.

A partir des années 1930, les actes du Congrès instituent des régulations et les agences spécialisées par secteurs se multiplient dans toutes les industries de réseau : ainsi la *Federal Power Commission* devenue la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) dans l'énergie ; la *Federal Communications Commission* (FCC) en 1934 dans le domaine des télécommunications et de la radiodiffusion ; le *Civil Aeronautics Board* (CAB) en 1938 dans le transport aérien ; la *Postal Rate Commission* (PRC) dans le secteur postal.

Cette évolution est souvent soutenue par les dirigeants des entreprises, qui voit un intérêt de rationalisation économique à une extension de la maille de régulation : ainsi ATT soutiendra-t-elle la création de la FCC par le *New Deal*.

4) Les autorités fédérales de régulation

L'élan est donné, et d'autres autorités sectorielles de régulation se mettent en place au fur et à mesure du développement des industries du transport routier et aérien, des câbles et satellites, etc. Elles sont au nombre de 96, dont 11 fédérales. Les commissions de régulation doivent être distinguées des agences administratives exécutives (*executive agencies*) qui sont de simples démembrements des départements ministériels, dotés d'une certaine autonomie pour leur gestion mais qui ne peuvent être considérées comme indépendantes du pouvoir exécutif. La répartition des compétences entre l'autorité fédérale de régulation et les autorités des états est fixée par la loi, dans le cadre du principe de subsidiarité. Mais la fixation des frontières de compétences donne lieu à des difficultés permanentes et à des conflits de juridiction, qui sont inhérents à tout système fédéral. Leurs effectifs se comptent entre 20 et 1 000 pour les commissions des états, entre 1 000 et 3 000 pour les commissions fédérales.

L'examen des principes de fonctionnement est utile pour la réflexion conduite en Europe. Les principes de l'indépendance et de l'impartialité de ces *independent regulatory commissions* ont été établis par la Cour suprême, en raison de leurs fonctions qui ne sont « *ni politiques ni exécutives, mais principalement quasi-judiciaires et quasi-législatives* ». Les décisions des commissions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Leurs compétences sont extrêmement larges. Elles élaborent des règles de conduite pour les activités de réseaux et les opérateurs. Elles règlent les conflits individuels impliquant des opérateurs économiques du secteur dont elles ont la charge. Leurs compétences portent tant sur la définition du service que sur les conditions d'exploitation, notamment sur l'autorisation d'exploiter le service, la variété et la qualité du service rendu, le niveau des tarifs pratiqués, l'égalité d'accès des consommateurs au service, l'efficacité dans la gestion du service, les dépenses d'investissement. Ainsi, la FCC veille depuis sa création à l'accès de tous les citoyens au service téléphonique (*universal service*). Dans le secteur de l'électricité, la *Federal Energy Regulatory Commission*, créée en 1978, succédant à la *Federal Power Commission*, instituée en 1920, a-t-elle pour mission de s'assurer que les prix de gros sont « *just and reasonable and not underly discriminatory* ».

La garantie législative du mandat du directeur de l'agence (impossibilité de le révoquer sans motif sur simple décision du pouvoir exécutif) constitue le principal critère de son indépendance. La Cour Suprême a établi la doctrine de *l'indépendance* fonctionnelle liée aux fonctions quasi-judiciaires et quasi-législatives exercées par l'agence, qui limitent le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif. Une commission indépendante doit être non partisane, et agir avec une entière impartialité. Elle ne doit appliquer aucune politique, si ce n'est celle du droit. Ses membres sont appelés à exercer le jugement qualifié d'un corps d'experts nommés par la loi et informés par l'expérience. De même la Cour Suprême a établi le principe de l'indépendance par rapport au pouvoir législatif.

C'est la rivalité des pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif, dans le cadre de la doctrine des « *checks and balances* » et le principe des « *countervailing powers* », qui a établi le principe de fonctionnement de ce qu'on appelle parfois le « quatrième pouvoir ».

Indépendance ne signifie pas arbitraire : le pouvoir des juges se défie tout autant de la politisation des décisions juridictionnelles que du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires. Les décisions d'une commission indépendante sont soumises à recours devant le juge de droit commun (*judicial review*) notamment pour non-respect des garanties de procédures (*due process of law*) que pour erreur manifeste (*abuse of discretion*).

Les commissions de régulation emploient souvent plusieurs centaines d'experts économiques, juridiques, techniques. Les postes de direction sont occupés principalement par des juristes du droit des affaires, alors qu'antérieurement prédominaient les ingénieurs. Le principe d'indépendance et d'impartialité est garanti par la règle de collégialité. Les commissions sont dirigées par un collège de commissaires, nommés par le Président des Etats-Unis, chef de l'exécutif, après avis conforme du Sénat. Elle sont composées d'un nombre variable de commissaires, entre cinq et onze. La durée des mandats est de cinq à sept ans, dépassant ainsi la durée du mandat présidentiel. Les nominations sont bipartisanes.

5) La dérégulation

Le modèle de régulation ainsi mis en place par les vagues successives sera contesté à partir de la fin des années 50, et profondément réformé au cœur des années 70 dans le cadre de la dérégulation. Landis analyse les dysfonctionnements des agences. Les théoriciens néo-libéraux de l'Ecole de Chicago, tout comme les consommateurs adeptes de l'avocat Ralph Nader, dénoncent la « capture » des régulateurs par les régulés, qui prospèrent à l'ombre de leurs monopoles, restreignent l'innovation, s'enrichissent de surprofits.

Sous l'influence du mouvement consumériste et écologiste –la « troisième gauche » qui est devenue l'aile marchante du Parti Démocrate– l'administration du président Jimmy Carter dérégule les prix du pétrole et du gaz (1977) ; ouvre la concurrence dans le transport aérien, avec la dissolution du *Civil Aeronautics Board* en 1978 ; ouvre la production indépendante d'électricité dans le but de favoriser les énergies renouvelables et la co-génération à partir des turbines à gaz (loi PURPA et régime des IPP en 1978). Dans les télécommunications, c'est la décision historique du juge fédéral Green qui, en 1984, démantèle le monopole d'*American Telegraph and Telephone* et libère les télécommunications à grande distance, d'où s'ensuivent la prolifération d'une multitude de nouveaux entrants et de nouveaux services.

La structure industrielle des secteurs dérégulés se transforme profondément, avec l'affaiblissement, voire la disparition des grands opérateurs historiques –tels que ATT, Pan Am, TWA– et l'apparition de nouveaux entrants –ainsi United, American Airlines– à la durée de vie parfois éphémère –ainsi Enron. La dérégulation américaine entraînera des conséquences au-delà des frontières, en particulier dans les secteurs du transport aérien, des télécommunications, de l'électricité et du gaz.

Cette remise en cause n'atteindra pas l'existence même des commissions de régulation, mais seulement l'extension de leurs pouvoirs et les modalités de la régulation. Les commissions indépendantes subsistent donc aujourd'hui mais ont changé de rôle, leur mission centrale étant désormais de promouvoir la concurrence : réguler un marché et plus seulement une entreprise en situation monopolistique.

III.c «Design institutionnel communautaire et UMTS»

par Elie Cohen,
Directeur de Recherche au CNRS

L'attribution des licences UMTS par des procédures d'enchères ou de soumission comparative a suscité un large débat, mobilisé les économistes les plus reconnus, suscité à la Commission européenne une démarche de politique industrielle. A l'arrivée le résultat est désastreux puisque l'industrie est ruinée, les opérateurs à genoux, la Commission discréditée et les Etats décrédibilisés. On peut estimer que les bulles spéculatives sont inséparables des phases émergentes d'une nouvelle révolution industrielle et dès lors les questions de design institutionnel, de mode opératoire des procédures d'enchères, de qualité de l'information deviennent secondaires. On peut exonérer la Commission européenne en invoquant à sa décharge le privilège fiscal souverain des Etats et la nécessité pour le lever d'un accord unanime. On peut comme Klemperer, l'économiste qui a exercé l'influence la plus décisive dans la promotion des techniques d'enchères, estimer qu'il ne s'est rien passé. A toutes les objections présentées (il y a eu bulle spéculative, erreurs de design institutionnel, faillite de certaines entreprises), il a répondu invariablement: que la procédure d'enchères avait rempli son office. Que BT, FT, DT aient frôlé la faillite était *«triste pour les actionnaires, mais peu importe, le service téléphonique sera assuré par d'autres exploitants»*. Que l'état britannique ait gagné des sommes énormes dans l'affaire n'était pas répréhensible *«puisque'il pouvait ainsi alléger les impôts et contribuer au dynamisme de l'économie»*.

Le problème pourtant subsiste : certes il y a eu bulle, mais la responsabilité des Etats est-elle d'entretenir la bulle ou de réduire l'incertitude radicale ? Les entreprises ont incontestablement pris des risques excessifs, mais la responsabilité des autorités européennes pouvait-elle se limiter à fixer des normes, des dates de déploiement sans mécanismes de rappel et de correction ? Certes la Commission européenne a proposé une démarche intégrant objectif industriel –la promotion de l'UMTS comme vecteur de rattrapage des Etats unis dans l'Internet, - objectif institutionnel – la fixation d'une procédure commune pour l'attribution des licences- et un objectif normatif –l'adoption de standards communs-. Mais suffit-il d'invoquer les choix contradictoires du Conseil en matière de mode d'attribution des licences pour s'exonérer de toute responsabilité ? L'objectif ici n'est pas de discuter les qualités respectives des différents modèles d'allocation des bandes de fréquence du spectre hertzien : il s'agit de savoir concrètement ce qui s'est passé dans un secteur présenté il y a 3 ans comme le moteur de la Nouvelle économie et qui est aujourd'hui au bord de la faillite pour en dégager de nouveaux principes d'action publique.

1-Un secteur des télécommunications mobiles en état de choc

Juin 2000, le consensus était à l'avènement rapide du multimédia mobile, au déploiement accéléré de réseaux 3G dits UMTS, à l'explosion des services nomades. Par un de ses raccourcis dont seuls sont capables ceux qui ignorent les échelles de temps en industrie, qui confondent innovation et industrialisation, usage par des clients sophistiqués et marché de masse, l'UMTS a été présenté comme l'alternative européenne à l'Internet fixe, comme le vecteur du rattrapage européen, comme la porte spécifique à l'Europe d'accès à la «Nouvelle économie ». Et de fait, tout s'est passé comme si la prédiction devait se réaliser sans risques ni délais. Les équipementiers ont très sensiblement accru leurs capacités de production. Les exploitants se sont lancés dans une course à la consolidation au niveau européen. Les analystes en ont déduit des « ARPU » qui justifiaient chaque jour davantage les

valorisations stratosphériques des opérateurs mobiles. Les Etats, séduits par les immenses gisements fiscaux qui s'offraient à eux, sans effort, ont à leur tour entretenu le mouvement.

Deux ans plus tard, le secteur des télécommunications mobiles était en ruine. Pour les principaux pays européens, un investissement de l'ordre de 250 milliards d'euros, moitié pour les licences, moitié pour l'équipement a été consenti pour déployer l'UMTS. A ce jour on s'interroge encore sur le réel apport de cette technologie.

Des opérateurs en difficulté

Menacés de faillite, très fortement endettés ou repliés sur leur pré carré national, les opérateurs tentent aujourd'hui de remonter la pente après avoir frôlé la crise d'insolvabilité.

Au 31 décembre 2000, France Télécom (FT) annonce une dette de 60 milliards d'Euros ; à mi-2001 le montant s'élève à 65 milliards d'euros, chiffres qui se comparent à 50 pour Deutsche Telecom (DT) et 50 pour British Telecom (BT). Le coût des licences UMTS n'explique l'endettement de FT qu'à hauteur de 15 milliards d'euros. Des entreprises comme KPN ou Sonera au bord du précipice ont du consentir des recapitalisations très dilutives et des cessions d'actifs à des prix de casse. Telecom Italia a été sauvé par sa faiblesse financière et la défiance des actionnaires qui lui ont interdit de s'aventurer trop avant dans le champ de l'UMTS. Quant à BT, dans un effort désespéré pour retrouver la faveur des marchés, il a du annoncer tout à la fois la renonciation à son implantation au Japon et en Espagne, la mise en cause de sa collaboration avec ATT, l'autonomisation de son activité Concert (services aux firmes transnationales), la mise sur le marché de sa filiale mobiles (BTCellnet), la mise en vente de son activité pages jaunes » etc.

Des équipementiers dans la tourmente

Sommés de financer les opérateurs ou de voir leur activité se contracter brutalement, les équipementiers ont joué leur avenir sur le déploiement rapide de l'UMTS.

Les difficultés de Nortel, Ericsson, Alcatel sont la traduction de ce pari perdu. En effet, après avoir survendu l'UMTS, poussé à un déploiement rapide, accordé des crédits fournisseurs allant jusqu'à 200% à des opérateurs fragilisés par le coût des licences UMTS, les équipementiers, l'un après l'autre, révisent à la baisse leurs perspectives de marché et sont atteints à leur tour par la défiance des marchés financiers.

Même Lucent et Cisco, pourtant plus spécialisés l'un dans l'optronique et l'autre dans les équipements de réseau Internet, connaissent la crise. Lucent est au bord de la faillite ; après avoir cédé son activité optronique il a démarré puis rompu des négociations pour une fusion avec Alcatel. Les pertes accumulées se chiffrent en dizaines de milliards de dollars, les licenciements massifs portent sur les 2/3 des effectifs chez Lucent comme chez Nortel. De son côté, Alcatel, s'est même découvert une vocation de « *fabless fab* » d'entreprise sans usines.

Un marché européen des terminaux ouvert aux Japonais

L'électronique grand public japonaise avait assisté à la montée en puissance des fabricants européens de terminaux dans la foulée du GSM, dans les années 90. Le choix par le Japon d'une norme différente de celle de l'Europe et de celle des Etats-Unis a bridé le développement de son industrie, d'autant que le GSM était rapidement adopté même hors d'Europe. D'où l'intérêt marqué des firmes japonaises

pour l'Europe à l'occasion du passage à la 3G. Les difficultés d'Ericsson vont fournir la première opportunité. En annonçant sa stratégie d'externalisation dans la production de terminaux, puis son partenariat avec Sony, Ericsson donnait le signal du désengagement. L'explication alors avancée fut qu'Ericsson, quoi qu'étant second sur le marché, ne maîtrisait ni le marketing de ce qui était un produit d'électronique grand public, ni la logistique d'un produit devenu périssable. Siemens avait quelque mois auparavant signé un accord de co-développement de terminaux 3G avec Toshiba. Puis ce fut le tour de Philips, pourtant spécialiste de l'électronique grand public, de renoncer. Puis celui d'Alcatel. L'entreprise, dans un premier temps, avait développé un partenariat avec Fujitsu dans le domaine des infrastructures 3G. Par ailleurs elle poursuivait avec Sharp, sans succès, un partenariat dans les terminaux. Avec le retournement du marché des mobiles en Europe, Alcatel à son tour se retire et externalise sa production de terminaux.

Nul doute que le processus de retrait ne s'arrêtera pas là. ! Demain, seul Nokia en Europe sera à même de réussir la transition du 2G au 3G. En Europe, on sera passé en 18 mois d'un marché hyper-concurrentiel à un quasi-monopole. La concurrence, l'ouverture du marché, viendront sans doute de Sony et de manufacturiers asiatiques (Les coréens Samsung, LG avant l'arrivée des Chinois).

Des marchés locaux européens insuffisamment ouverts ?

A l'ouverture des services UMTS, il n'y aura sans doute en France que deux acteurs alors qu'il y en avait trois avec le GSM et qu'on avait initialement prévu quatre opérateurs. Lorsqu'on sait que c'est l'entrée de Bouygues qui a fait décoller le marché du GSM, on peut s'attendre à la fois à une concurrence peu agressive entre les 2 acteurs sur l'UMTS et à un moindre déploiement de l'UMTS.

En Allemagne, à l'inverse, l'échec de la tentative de DT – Vodafone de fermer le marché, qui a abouti à l'octroi de six licences, pouvait passer pour une réussite dans la conciliation des objectifs de concurrence et de rendement fiscal dans le cadre d'une procédure d'enchères. RegTP, le régulateur allemand, vient de décider d'autoriser un partage des investissements entre Mobilkom et EPlus, revenant ainsi sur l'un de ses interdits. Nul doute que la consolidation du secteur ne s'arrêtera pas en si bon chemin. Il est aujourd'hui probable que trois réseaux seront bâtis et que l'usage des infrastructures sera partagé entre les opérateurs détenteurs de licences.

Des banques fortement engagées

Les télécoms sont devenues, avec les start up de l'Internet, les plus grands fournisseurs en *junk bonds* aux Etats-Unis. Au total les banques éviteront les sinistres des grands opérateurs européens grâce à l'intervention des états actionnaires et à l'appauvrissement des petits actionnaires massivement dilués à l'occasion de capital ou de conversions de créances en titres.

Des Etats actionnaires très fortement appauvris.

Après avoir connu un pic de 220 euros, l'action FT s'est traitée en octobre 2001 à près de 35 euros et à moins de 8 euros au moment du départ de Michel Bon, elle est aujourd'hui à 20, reflétant ainsi une évolution commune à l'ensemble des acteurs du secteur. Pour l'Etat actionnaire, la perte est de plus de 100 milliards d'euros

Des régulateurs affaiblis et une procédure novatrice (les enchères) en péril.

L'ART, qui avait su négocier l'ouverture du marché des télécoms et gagné un certain crédit en sa faisant le garant d'un traitement équitable des nouveaux entrants, n'a pas su négocier le tournant de l'UMTS. Certes, en plaidant pour des redevances faibles, l'ART a fait preuve de clairvoyance, mais il était difficile pour l'Etat d'accepter de redéfinir l'opération 2G. Reg TP, le régulateur allemand des télécoms a accepté de revoir les termes des licences E-Plus et Mobilkom. Après avoir, dans un premier temps, adopté une attitude sourcilieuse à l'égard des candidats avant l'enchère, menaçant notamment de retirer le droit de se présenter aux enchères à Mobilkom-FT qu'elle soupçonnait de négocier en sous main avec un autre candidat, Reg TP accepte aujourd'hui ce qu'elle excluait hier, à savoir le partage d'investissements. Au total, tous les acteurs sortent affaiblis d'une bataille qui aurait dû voir l'Europe entrer dans la Nouvelle Economie en s'appuyant sur l'avantage compétitif incontestable qu'elle s'était constituée dans la téléphonie mobile. Comment en est-on arrivé là et comment comprendre le rôle des instances communautaires ? Un retour sur la chronologie est nécessaire.

2- Le rôle des acteurs européens

La chronologie de l'affaire UMTS est particulièrement éclairante sur les responsabilités des autorités européennes dans le fiasco de l'UMTS.

1) avant le 14 décembre 1998 :

L'UMTS implique dès l'origine les développeurs et industriels des télécoms, les régulateurs des fréquences et quelques gouvernements qui entrevoient le potentiel de la 3G, mais personne n'a d'idées très précises sur la technologie ni sur son potentiel de marché. Les Anglais, eux, réfléchissent depuis 1997 à l'attribution des prochaines licences par enchères, et font appel pour cela à des économistes spécialistes des questions d'enchères. Quand le Conseil européen adoptera la directive UMTS, une délégation du DTI fera le tour des capitales européennes pour en vendre l'idée aux gouvernements et aux opérateurs, le but étant de maximiser le nombre de candidats à la première enchère britannique (pour qu'elle rapporte le plus possible). A ce stade, force est de constater qu'une technologie émergente loin d'être promue par des dispositifs fiscaux incitatifs est d'emblée perçue par un des acteurs comme une source majeure de revenus fiscaux.

Parallèlement, un grand équipementier du secteur, Ericsson, a décidé de faire de l'UMTS le vecteur de sa stratégie de développement et d'éviction de ses concurrents. L'enjeu est majeur, les marchés du GSM vont s'épuiser, il faut disposer d'un relais de croissance. Au même moment, le Japon qui a raté le coche du GSM entend ne pas être marginalisé pour la 3ème génération, il entend même prendre une longueur d'avance en déployant rapidement des réseaux 3G. Ericsson a donc noué un partenariat avec des industriels japonais pour être le premier à fournir des équipements UMTS avec la norme WCDMA. Pendant qu'Ericsson prépare sa stratégie japonaise, il entreprend de convaincre les services de la Commission du caractère crucial pour l'Europe d'un passage rapide à l'Internet mobile pour conforter la base industrielle européenne et répondre au défi américain.

2) 14 décembre 1998

Les Etats européens s'engagent à choisir une procédure d'attribution des licences avant le 1^{er} janvier 2000 et à déployer le réseau à partir du 1^{er} janvier 2002, et cela dans un contexte d'incertitude radicale sur la technologie et son marché. Inflexion décisive : la Commission accepte de maintenir le projet et le calendrier initial malgré l'opposition du Conseil sur un point décisif à savoir l'unicité de la procédure d'attribution. L'affaire se passe d'ailleurs sans vraie bataille : on se préoccupait davantage d'unité des normes que d'unité des procédures.

L'enjeu du « design institutionnel » pour la réussite d'un projet industriel volontariste n'était pas perçu. Certes la Commission européenne, dans sa proposition initiale, était en faveur d'une procédure coordonnée et d'un calendrier serré, conformément à son ambition de piloter une grande politique industrielle européenne dans ce secteur. Mais le Conseil des ministres, face à des opinions divergentes en son sein, a choisi la défausse au nom de la compétence fiscale qui reste l'apanage des gouvernements nationaux sauf décision unanime. Et pourtant la Commission aurait pu faire valoir qu'une attribution non coordonnée des licences étalées sur 18 mois provoquerait des transferts fiscaux des pays de basse pression (licences gratuites ou à faible prix) vers les pays à haute pression fiscale (enchères), des pays retardataires vers les pays pionniers.

3) Juillet-novembre 1999

La bulle spéculative de l'Internet qui se développe aux Etats-Unis gagne l'Europe à partir de mi-99. Opérateurs et équipementiers de télécoms deviennent les vecteurs de la spéculation européenne. La concentration dans la téléphonie mobile s'accélère à l'initiative de Vodafone bientôt suivi par les opérateurs historiques. C'est le grand moment inflationniste. On assiste à une multiplication par 10 de la valeur estimée du client de la téléphonie mobile, au nom d'un raisonnement consternant : l'avenir de la Nouvelle économie est dans Internet, l'avenir d'Internet est dans le commerce électronique, lequel passe par le nomadisme, le portail mobile et donc le téléphone mobile. C'est le moment où l'on échange des titres Vodafone incroyablement inflatés contre des titres Mannesmann qui ne le sont pas moins (FranceTelecom, le dernier à entrer dans le jeu, étant le seul à payer en cash...). La bulle spéculative enfle, enfle... dans l'euphorie générale.

4) Avril-mars 2000

C'est dans le contexte décrit ci-dessus qu'a lieu, en Grande-Bretagne, la première enchère : les candidats se bousculent. L'enjeu est triple : la procédure des enchères va-t-elle réussir ? Quelle valeur les opérateurs vont-ils donner à l'accès aux fréquences ? Le marché de la téléphonie sera-t-il plus ouvert ou plus concentré au terme de l'enchère ? L'extravagance des prix surprend tout le monde. En fait c'est l'accès au premier marché ouvert plus que la valeur de la ressource hertzienne qui va être valorisée. Pour les nouveaux entrants comme pour l'opérateur historique l'enjeu est de prendre position pour faire partie des survivants au terme du marathon des attributions de licence. L'Allemagne suivra bientôt, sur la même lancée. A nouveau la stratégie que déploient les acteurs, sans succès réel, est de barrer la voie aux nouveaux entrants au mépris du prix d'acquisition de la ressource. Ensuite, il y aura la découverte émerveillée du résultat des enchères par les ministères des Finances européens, dont le nôtre. Le problème dès lors se déplace : il ne s'agit plus de valoriser une bande de fréquences sur la

base des revenus actualisés que son usage permet, il s'agit de maximiser pour les fiscs nationaux le rendement de l'allocation des fréquences. Un design institutionnel singulier dans un contexte d'innovation technologique et d'incertitude sur le potentiel des nouveaux marchés aboutit à une surenchère fiscale. C'est la répartition de la manne qui fait l'objet de discussions, et non pas l'opportunité de la collecte..

Lorsqu'après la bataille la Commission européenne découvrira les effets de la politique menée, elle ne pourra ni revenir sur l'appropriation par deux Etats des 2/3 de la matière fiscale collectée sur des entreprises en difficulté et indirectement sur d'autres Etats européens, ni remettre en cause les résultats des attributions car il en va de la crédibilité des Etats, ni même assouplir significativement les règles de mutualisation des équipements car c'est alors les autorités de la concurrence qui bloquent.

Au total force est de constater que la conception de la procédure a été sommaire, voire inadaptée, et que l'expérience de l'UMTS a été contre-productive.

3- Principes d'action publique

Certes, ce ne sont pas les institutions européennes qui ont fabriqué la bulle de l'Internet mobile, elle préexistait. Mais en se donnant une ambition de politique industrielle dans l'Internet mobile sans s'en donner les moyens, ces institutions européennes ont contribué à la formation de la bulle Internet.

En choisissant de fait une procédure inadaptée (calendrier strict d'attribution des licences et choix des procédures laissé à la discrétion des autorités nationales) en situation d'incertitude radicale sur les perspectives de marché et sur la disponibilité des technologies, les autorités politiques ont permis aux Etats membres qui le souhaitaient de privilégier leur profit fiscal, au lieu d'agir en réducteurs d'incertitudes, en régulateurs des marchés et en agents de long terme. Ce faisant les Etats ont aggravé le mal et apporté leur contribution éminente à la crise du secteur.

L'arbitrage après l'éclatement de la bulle a été entre perte de crédibilité d'Etats victimes d'une procédure mal conçue au niveau européen et spirale récessive et dépressive du secteur moteur des nouvelles technologies de l'information et de la communication. La procédure des enchères est ancienne, elle est pratiquée au quotidien dans nombre d'actes de la vie des entreprises et des collectivités publiques et elle continuera à l'être demain.

L'enjeu contrairement à ce qu'ont pu faire croire les acteurs industriels ne portait pas sur l'arbitrage entre enchères et soumission comparative puisque même la France a de fait calé sa redevance sur les résultats des enchères britanniques. Le problème est double : d'un côté il s'agit d'apprécier la valeur de nouveaux dispositifs d'action publique, plus incitatifs à l'efficacité économique. De l'autre, il s'agit d'évaluer les effets d'une procédure européenne impliquant différents niveaux de gouvernement sur l'économie d'un secteur d'activité décisif pour la nouvelle croissance.

S'agissant du premier problème, le moins que l'on puisse dire est que l'expérience tentée dans les télécommunications avec l'attribution de licences UMTS n'aura guère permis de progresser sur cette voie. Ainsi, quand Klemperer soutient que les opérateurs industriels, étant les mieux informés, sont capables de déterminer la valeur de la licence, l'affirmation semble dérisoire : on a vu ces opérateurs changer tous les six mois leur évaluation des marchés potentiels (allant même jusqu'à spéculer sur les communications entre machines domestiques, estimées à 20% du futur marché !). La vérité, c'est que, pas plus que l'Etat, ils n'avaient l'information pertinente.

Quand Klemperer objecte que personne ne mettrait un pistolet sur la tempe des entreprises, le raisonnement est vraiment singulier : tout opérateur est bien obligé de se porter candidat, sauf à choisir de disparaître. Ni omniscient, ni bienveillant, l'état britannique a même été poussé au crime. Dans le cas de l'UMTS, ce n'est pas un marché qu'on alloue, car personne ne sait ce qu'il sera, c'est l'usage d'une bande de fréquences permettant, pendant très longtemps, d'offrir les mêmes services que ceux qu'on offre avec les technologies de deuxième génération. D'où le caractère crucial d'une bonne gouvernance pour la compétitivité de l'Europe. Or, là aussi force est de constater que les institutions européennes ont ajouté leurs dysfonctions à l'imprévisibilité des marchés. En fixant un calendrier irréaliste de déploiement, en n'harmonisant pas les procédures d'attribution, en acceptant qu'une concurrence fiscale s'installe, en se montrant incapable de corriger le tir une fois les premiers dégâts constatés, les institutions européennes ont aggravé un problème qu'elles étaient censées résoudre. L'expérience de l'UMTS plaide pour une révision complète des procédures européennes en matière de régulation sectorielle et d'harmonisation fiscale.

III.d « La politique industrielle dans la régulation au sein de l'Europe »

par Jean-Michel Hubert,

Vice-Président du Conseil Général des Technologies de l'Information,

La loi de régulation des télécommunications votée par la France en 1996 précise clairement les deux objectifs essentiels de l'ouverture des marchés :

- mettre en place une concurrence favorable au consommateur ;
- assurer la mise en œuvre du service universel, définie comme le service téléphonique auquel tout citoyen doit avoir accès en tout point du territoire et à un tarif raisonnable.

Le consommateur est assurément présent au cœur de l'un et l'autre de ces finalités qui, tout en étant complémentaires, doivent cependant être distinguées.

La concurrence vise à créer une dynamique de développement du marché, par une offre de services diversifiés, de qualité et à des prix attractifs. Cette offre émane d'une industrie, équipementiers, opérateurs, fournisseurs de service et de logiciels, dont la compétitivité et la croissance font nécessairement partie de la finalité recherchée. C'est une des tâches de la régulation d'établir les conditions favorables à cette fin ; c'est un objectif que la diversité des conduites du projet UMTS dans les différents Etats membres de l'Union Européenne aura singulièrement perturbé et affaibli.

L'industrie européenne est encore sous le choc des charges essentiellement liées au niveau des enchères, anglaises et allemandes ; cette crise frappe simultanément des opérateurs qui tendent à différer leurs investissements, voire à s'en libérer, et des équipementiers qui souffrent durement de l'absence de commandes.

Sans analyser ici les effets éventuels d'une coordination européenne qui eût pu être plus contraignante, il faut souligner que ce débat s'est focalisé bien davantage sur l'organisation, la disponibilité et la qualité de l'offre industrielle, et non pas sur l'attente du marché et son expression dans la demande.

A cet égard, la préoccupation qui est celle des services d'intérêt économique général s'est assurément mieux exprimée dans l'approche des soumissions comparatives que dans celle des enchères, laquelle n'a jamais été perçue qu'à travers les montants financiers en cause, la flamboyance attendue des opérateurs ou les situations dramatiques qu'ils ont traversées.

*
* *

Ces observations sont bien évidemment marquées par l'histoire récente des télécommunications, mais elles peuvent sans doute s'appliquer à d'autres secteurs, dès lors qu'existe cette dualité entre l'action industrielle et le service d'intérêt général, dualité souvent renforcée dans les approches européenne et nationale.

La communication récente de la Commission Européenne souligne :

"Les services d'intérêt général touchent à la question centrale du rôle joué par les autorités publiques dans une économie de marché ; à savoir, d'une part, veiller au bon fonctionnement du marché et au respect des règles du jeu par tous les acteurs et de l'autre, garantir l'intérêt général, notamment la satisfaction des besoins essentiels des citoyens et la prévention des biens publics lorsque le marché n'y parvient pas".

Si le Président de la Commission semble retenir dans les éléments communs aux Etats membres, le service universel, la continuité et la qualité du service, l'accessibilité tarifaire et la protection des consommateurs, le Commissaire Lamy suggère de considérer comme service public toute activité satisfaisant à l'un des trois critères : efficacité économique, péréquation et sécurité.

Mais la note de la Commission, en soulignant l'hypothèse d'une action publique "lorsque le marché n'y parvient pas", confirme bien par là même que la finalité première de l'action européenne est la satisfaction des consommateurs par ce marché, donc par la concurrence durable générée par une pluralité d'acteurs. Il va par ailleurs de soi que l'économie de marché ainsi voulue ne se limite pas à la scène européenne, mais appelle un grand nombre d'industries à une stratégie mondiale.

Si l'on retient cette notion de concurrence durable et si l'on note que l'ambition de l'Union européenne vise non seulement la satisfaction de ses consommateurs, mais également la compétitivité de son industrie, qui fait partie de son équilibre économique et social, voire culturel, on est conduit à considérer que l'acte de régulation ne peut se réduire à l'application mécanique des dispositions réglementaires, sans prendre en compte son effet sur la situation de l'offre, effet pouvant aller jusqu'à un retour de monopoles, voire à la disparition dans un secteur ou l'autre, d'une offre européenne. C'est là une vision certes théorique, mais qui appelle trois questions :

- Quelle est la vision des pouvoirs publics sur l'approche de telles situations ?
- Cette vision doit-elle être nécessairement partagée entre les Etats membres au sein de l'Union ?
- Sa traduction opérationnelle doit-elle préférentiellement s'appuyer sur une régulation européenne ou sur des régulations nationales harmonisées et concertées ?

Il est clair qu'il n'y a pas aujourd'hui d'approche européenne unanime sur ces questions notamment sur la relation entre l'approche réglementaire et concurrentielle et l'approche économique et industrielle.

Aux yeux de certains, la première serait "juridique", la seconde serait "politique", et la régulation ne saurait les réconcilier.

La progression vers une régulation européenne est assurément inscrite dans le mouvement de construction de l'Union.

Toutefois, avant de la traduire dans des institutions nouvelles au niveau communautaire, la solidité même de l'Europe suppose que soient plus avant éclairés les préalables qui pourraient permettre de fonder un ou des régulateurs européens :

- y a-t-il une approche commune de ce qui est jugé nécessaire au titre d'un service d'intérêt général et par là même des voies de son financement ?
- y a-t-il une approche commune des enjeux et solidarités économiques associant les acteurs européens, par ailleurs engagés dans une compétition mondiale ?

III.e « Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des agences européennes »

Stéphane Rodrigues

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris

Maître de conférences à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Le thème des agences européennes de régulation a pu apparaître le 'parent-pauvre' à la fois du Livre Vert sur les Services d'intérêt général adopté par la Commission le 27 mai 2003 ⁽¹⁾ et des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe qui a abouti les 20 juin et 10 juillet 2003 à un projet de Constitution européenne ⁽²⁾. Pour autant, à y regarder de plus près, il convient de se demander si ces deux exercices, bien que de nature différente, ne recèlent pas les prémises d'une théorie plus structurée de l'agence de régulation au niveau communautaire.

Le Livre Vert tout d'abord, se contente, certes, de poser davantage de questions qu'il n'avance d'idées neuves, mais il a le mérite d'en poser d'essentielles pour nourrir le débat, dont celle qui nous intéresse au premier chef : « *Est-il nécessaire de créer des autorités réglementaires européennes ?* » ⁽³⁾. Poser la question, c'est déjà admettre en partie la nécessité d'une réflexion approfondie sur ce thème, avec la question principale de savoir, d'un point de vue juridique, si, pour y répondre, il est possible de réfléchir à droit constant ou si une réforme des traités s'avèrerait nécessaire pour pérenniser dans les textes un statut communautaire des agences de régulation.

A cet égard, la future Conférence intergouvernementale qui doit s'ouvrir en octobre 2003 pourrait débattre d'une base juridique appropriée à un tel statut, à moins que le projet de Constitution pour l'Union européenne adopté par la Convention ne permette d'aller plus loin sur la base du nouvel article III-3 appelé à succéder à l'actuel article 16 du Traité CE relatifs aux services d'intérêt économique général, en permettant l'adoption d'une « *loi européenne* » qui définirait les conditions et principes de fonctionnement de ces services.

I – Pour une plus grande visibilité et sécurité juridique des agences européennes de régulation (propositions à droit constant)

Deux options doivent être ici envisagées, selon que l'on se contente de perpétuer une démarche casuistique ou que l'on préfère recourir à un acte du Conseil pour reconnaître aux agences de régulation un statut juridique davantage ancré dans le droit positif communautaire.

I(A) - Création au cas par cas des agences par le Conseil

Au titre de son pouvoir de décision qui lui est conféré par l'article 202 du traité CE et sur la base de l'article 308 TCE ou d'une autre base juridique spécifique selon le domaine approprié, le Conseil peut

¹ COM(2003) 270 final.

² Voir le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe, volume I, tel que présenté au Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003 : cf. document CONV 820/1/03 du 27.6.2003. Et volume II préparé par le Praesidium du 9.7.2003 : cf. document CONV 848/03.

³ Point 1.3 de l'Annexe au Livre Vert précité.

toujours décider de créer une agence à qui est confiée certaines tâches spécifiquement déterminées et dont le contrôle est généralement confié à la Commission.

C'est selon ce schéma, que, par exemple, l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) a été créée et doit entrer en fonction en septembre 2003 ⁽⁴⁾. C'est d'ailleurs en ce sens que la Commission estime que l'AESA « *pourra être considérée comme une autorité réglementaire européenne* » ⁽⁵⁾ et pourrait servir de modèle d'autorité réglementaire européenne, dans la mesure où elle va accomplir des missions (notamment de certification et de navigabilité) qui étaient accomplies jusqu'à présent par les autorités nationales de l'aviation civile ⁽⁶⁾. Et ce d'autant plus que d'autres Agences de ce style devraient très prochainement voir le jour, notamment dans le secteur des transports maritimes ⁽⁷⁾ et ferroviaires ⁽⁸⁾, ou encore pour la sécurité des réseaux de communications ⁽⁹⁾.

On se souviendra que l'idée avait été évoquée puis abandonnée à la fin des années 1990 dans le secteur des télécommunications ⁽¹⁰⁾. Elle a refait surface dans le domaine aérien, avec une arrière-pensée très précise pour la Commission européenne : instituer un interlocuteur de poids face à la « *Federal Aviation Agency* » américaine, qui jusqu'à présent profite de l'existence de quinze autorités nationales de l'aviation civile pour imposer ses vues en termes de réglementation technique aérienne.

Quoiqu'il en soit, la multiplication de ces agences, quelle qu'en soit la raison d'être, risque de se faire sans grande cohérence ou de ne pas s'accompagner de la lisibilité suffisante et pourtant nécessaire à l'efficacité de leur action et dans le respect de la transparence tant recherchée au titre de la nouvelle gouvernance au sein de l'Union européenne. D'ailleurs, la Commission a elle-même reconnu que « *la création de nouvelles agences de régulation européennes autonomes dans des domaines clairement délimités améliorera la façon dont les règles sont mises en œuvre et appliquées dans toute l'Union* » ⁽¹¹⁾. C'est pourquoi nous pensons qu'un acte de droit dérivé aux visées unificatrices pourrait être le bienvenu.

⁴ Règlement 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002, in JOCE L 240 du 7.9.2002.

⁵ cf. Livre vert sur les SIG, paragraphe 59 de l'Annexe, précité.

⁶ Sur les aspects institutionnels et les pouvoirs de cette agence : S. Rodrigues, « Transports aériens », in *Répertoire communautaire Dalloz*, 2003, spéc. n°77-83.

⁷ Avec l'Agence européenne pour la sécurité maritime : cf. règlement (CE) n°1406/2002 du 27.6.2002.

⁸ Voir en ce sens la proposition de règlement visant à instituer une Agence ferroviaire européenne : COM(2002) 23 du 23.1.2002 de la Commission, approuvée par le Parlement européen en première lecture le 14 janvier 2003 et par le Conseil Transports du 28 mars 2003.

⁹ Voir en ce sens la proposition de règlement visant à instituer une Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information présentée au Conseil Télécommunications du 5 juin 2003 : COM (2003) 63 final du 11.2.2003 de la Commission.

¹⁰ Deux études indépendantes avaient été commandées par la Commission sur ce sujet : Eurostratégies/Cullen International, *The possible added value of a European Regulatory Authority for Telecommunications*, décembre 1999 et Nera & Denton Hall, *Issues Associated with the creation of a European Regulatory Authority for Telecommunications*, mars 1997.

¹¹ Cf. Commission européenne, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, COM(2001) 428 du 25.7.2001, spéc. pp. 28-29. Voir aussi le rapport du groupe de travail « *Etablissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle* », élaboré dans le cadre du chantier n°3 (« *Mieux exercer les responsabilités exécutives* ») du Livre Blanc sur la gouvernance.

I(B) - Adoption par le Conseil d'un règlement-cadre

Pour répondre au double souci de cohérence et de sécurité juridique, le Conseil pourrait adopter un règlement *«portant statut des agences de régulation chargées de certaines tâches relatives au contrôle et à la mise en œuvre des règles du traité dans les secteurs de réseaux»*. Un tel texte s'inspirerait, dans son esprit notamment, du règlement (CE) n°58/2003 du Conseil du 19.12.2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires ⁽¹²⁾.

Seraient alors définis dans le règlement en question, entre autres éléments : le champ d'intervention des agences de régulation (avec notamment une définition, inédite en droit communautaire, de la notion de *«secteur en réseaux»*) ; le statut organique de ces agences (organes dirigeants, règles de fonctionnement internes, liens avec la Commission, etc.) et surtout leurs fonctions et pouvoirs. Là résidera le test de réussite de ces agences : doivent-elles rester de simples agences d'assistance, chargées d'exercer des tâches exécutives permettant à la Commission d'accomplir ses missions mais dépourvues de véritable pouvoir décisionnel ? ou au contraire peuvent-elles adopter des décisions individuelles, à l'exclusion de toutes mesures normatives à application généralisée ?

Le terrain est en grande partie balisé par la jurisprudence, déjà ancienne, de la Cour de justice des Communautés européennes, pour qui : d'une part, *«la délégation de pouvoirs ne se présume pas et que même habilitée à déléguer ses pouvoirs, l'autorité délégante doit prendre une décision explicite les transférant»* ; et, d'autre part, *«de pareilles délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis et entièrement contrôlés, dans l'usage qui en est fait, par la (Commission)»* ⁽¹³⁾.

La Commission en a ainsi justement déduit que le recours aux agences décisionnelles devait être limité *«aux domaines où un seul intérêt public prévaut et où elles ne doivent pas arbitrer des conflits entre intérêts publics, exercer un pouvoir d'appréciation politique ou procéder à des évaluations économiques complexes»*, ces agences ne pouvant, quoiqu'il en soit, se voir attribuer des responsabilités *«pour lesquelles le traité CE a conféré directement à la Commission le pouvoir de décision»* ⁽¹⁴⁾.

De fait, sont encore peu nombreuses les agences dotées du pouvoir d'adopter des décisions individuelles produisant des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers : tel devrait être l'unique cas, à ce jour dans le secteur des réseaux, de la future Agence européenne de sécurité aérienne . Ainsi l'AESA sera-t-elle dotée non seulement d'un pouvoir consultatif auprès de la Commission, mais aussi d'un pouvoir de réglementation technique (adoption de spécifications de certification et de codes de navigabilité) et de contrôle (pouvoirs d'enquête) qui pourra l'amener à prendre des décisions individuelles à l'encontre des opérateurs concernés du secteur aérien. Une ou plusieurs chambres de recours sont alors prévues au sein de ces agences pour statuer sur les recours dirigés contre leurs

¹² Publié au JOCE n° L 11 du 16.1.2003.

¹³ En ce sens : CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et Cie c/ Haute Autorité de la CECA*, affaire 9/56, in *Recueil de jurisprudence de la Cour*, partie I, page 11.

¹⁴ COM (2002) 718 précitée, spéc. page 12.

décisions et les décisions prises par ces chambres sont elles-mêmes susceptibles d'un recours contentieux devant le juge communautaire.

Il n'en reste pas moins que les limites d'un acte de droit dérivé adopté à droit constant risquent vite d'être atteintes et qu'il est dès lors difficile de faire l'économie d'une réflexion sur la réforme éventuelle du droit originaire lui-même, alors que le projet de Constitution proposé par la Convention et la prochaine Conférence intergouvernementale qui s'ouvrira en octobre 2004, pourraient nous en offrir l'occasion.

II _ Pour une consécration explicite des agences européennes de régulation dans la future Constitution de l'Union

Si l'on se place dans l'optique d'une modification possible du droit positif, notamment dans la perspective de l'adoption d'une Constitution pour l'UE, deux pistes de propositions peuvent également être explorées, selon qu'il s'agit de faire pencher la balance des pouvoirs en faveur de la Commission européenne, par le renforcement de ses pouvoirs, ou en faveur du Conseil de l'Union, en lui demandant de créer une nouvelle catégorie juridique d'organes communautaires.

II(A) - Modification de l'article 211 CE (pouvoirs de la Commission)

L'article 211 du traité CE définit les tâches confiées à la Commission. C'est ainsi qu'en vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission doit notamment veiller à l'application des dispositions du traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci. Elle se voit ainsi confier le rôle de 'gardienne des traités'.

Il pourrait être envisagé de renforcer ce pouvoir de surveillance à travers la possibilité qui serait reconnue explicitement à la Commission de déléguer ses pouvoirs, au cas par cas et dans les domaines qu'elle jugerait appropriés, à une agence spécialisée qui demeurerait sous son contrôle. Tel pourrait être le cas dans les domaines des industries de réseaux. L'article 211, premier tiret, du traité CE pourrait être amendé comme suit :

«{la Commission} veille à l'application des dispositions du présent traité ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci ; elle peut à cet effet déléguer, selon des modalités déterminées, certains de ses pouvoirs à une agence spécialisée placée sous son contrôle ».

Il n'en reste pas moins qu'une telle délégation devrait continuer à respecter les limites fixées par la jurisprudence Méroni précitée de la Cour de justice. En revanche, davantage de souplesse pourrait être accordée à la création d'agences équivalentes avec la création d'une base juridique à la fois autonome et spécifique.

II (B) - Nouvelle base juridique spécifique aux agences de régulation créées sous forme d'établissements publics communautaires

Plutôt que de recourir à l'actuel article 308 du traité CE qui permet l'adoption de dispositions en faveur du marché commun en l'absence de pouvoirs d'actions spécifiques ⁽¹⁵⁾, il serait plus cohérent et plus stable du point de vue de la sécurité juridique, d'autoriser le Conseil à créer des agences de régulation sous forme de nouveaux organes communautaires, voire de ce que l'on pourrait appeler des « *établissements publics communautaires* », si l'on s'en tient à une catégorie juridique générique ou « agences spécialisées communautaire ».

La création de cette nouvelle catégorie d'organes communautaires s'autoriserait tout d'abord de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux établissements publics internationaux gérés par la Commission (avec ou non des Etats tiers), dans la mesure où les organes de ces établissements ne disposent que de pouvoirs d'exécution ⁽¹⁶⁾. Or, à ce jour, de tels établissements sont fort peu nombreux. Les agences de régulation des industries de réseaux redonneraient ainsi un élan à cette catégorie juridique peu utilisée.

Par ailleurs, une telle démarche répondrait au souhait exprimé en ce sens par le Parlement européen dans une résolution adoptée le 19 janvier 1993 sur « *la création et le fonctionnement des organismes et agences spécialisés* » qui soulignait alors « *l'importance d'un cadre uniforme de mise en œuvre et de fonctionnement des organismes et agences spécialisés, tant pour améliorer leur efficacité que pour faciliter le contrôle parlementaire et mettre en place un système transparent et rationnel* » ⁽¹⁷⁾.

Dès lors, un projet d'article intitulé « *Des établissements publics communautaires* » (EPC) ou « *Des agences communautaires spécialisées* » (ACS) pourrait être rédigé dans les termes suivants :

« Il peut cr? par la loi [acte adopté par le Conseil et le Parlement européen tel que prévu dans la future Constitution], en tant que de besoin, un établissement public communautaire, doté de la personnalité juridique et chargé de la mise en œuvre et du respect d'une réglementation communautaire particulière, dans un secteur déterminé et sous le contrôle de la Commission.

La loi précise le statut de chaque établissement public communautaire, les modalités d'exercice des compétences qui lui sont conférées et les règles générales relatives au contrôle de la Commission sur l'établissement. Il est renvoyé à un règlement pour fixer les modalités de fonctionnement interne de l'établissement public communautaire ».

Une variante peut toutefois être envisagée sans avoir à défendre l'insertion dans le Traité CE d'une nouvelle base juridique, mais en s'appuyant sur le projet de nouvel article III-3 du projet de Constitution préparé par la Convention. Cette nouvelle disposition qui amende et complète l'actuel article 16 du traité CE précise en effet que c'est une « *loi européenne* » qui devra définir les principes et les conditions de fonctionnement auxquels les services d'intérêt économique général doivent répondre

¹⁵ Tel qu'il sera repris à travers la clause dite de flexibilité du projet de Constitution (article I-17).

¹⁶ Cf. Avis de la CJCE du 26 avril 1977, rendu en vertu de l'ancien article 228, paragraphe 1, alinéa 2, du traité CEE, à propos du projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, in *Recueil de jurisprudence de la Cour* 1977, page 741.

¹⁷ Cf. Point 10 de la Résolution n°A3-0414/92 publiée au JOCE n°C 42 du 15.2.1993, pp. 63-64.

d'un point de vue communautaire. Alors que l'article 16 du traité CE pouvait difficilement être utilisé comme base juridique pour adopter un acte de droit dérivé dédié aux SIEG, la référence qui serait désormais faite à la loi européenne (laquelle correspondrait à l'actuel règlement du traité CE, et non pas à une directive) en ferait une base juridique incontestée et incontestable.

Or, parmi les principes et conditions de fonctionnement des SIEG, il pourrait être défendu que doit s'inscrire la question de leur régulation et des modalités de leur contrôle. Partant, une loi européenne spécifique, adoptée sur le fondement de l'article III-3 de la Constitution, pourrait constituer un statut-cadre ou uniforme pour les agences communautaires spécialisées dans la régulation des entreprises chargées de la gestion d'un SIEG.

Il resterait dès lors à cette loi européenne sur les agences de régulation de fixer les éléments essentiels de leur régime juridique, mais aussi de trouver réponse à plusieurs questions qui ne manqueront de se poser vis-à-vis de leur intégration dans le paysage institutionnel communautaire : quel financement/budget ? quelle coordination et/ou hiérarchie entre agences ? doit-on prévoir un pouvoir de révocation pour le Conseil ? quelles seraient les limites au pouvoir de contrôle de la Commission ? comment organiser le contrôle juridictionnel des EPC ? etc.

III.f « Etude sur la possibilité de créer des agences européennes de régulation sur le fondement du Traité CE dans la version actuelle »

*par Christophe Lemaire,
Docteur en droit,
Chargé de mission à la Direction des Affaires Juridiques
du ministère des Affaires étrangères ^(*)*

Le groupe de travail mis en place par la Ministre déléguée aux Affaires européennes sur la régulation des grands réseaux d'infrastructures par des autorités sectorielles¹ a notamment pour objectif de proposer un modèle européen de régulation.

Dans ce cadre, le groupe de travail s'interroge sur la question de savoir s'il est possible de créer, sur le fondement du traité CE dans sa version actuelle, des « agences européennes de régulation » du même type que les autorités de régulation nationales².

Dans ce contexte, nous comprenons que les agences européennes de régulation dont il est question correspondent à celles qui ont été créées, au niveau national, dans le cadre du développement de la régulation sectorielle qui accompagne l'ouverture à la concurrence des industries dites de réseaux.

Toutefois, les questions liées au développement des agences européennes, et notamment des agences européennes de régulation, dépassent le seul cadre des secteurs de réseaux en voie de libéralisation³. D'ailleurs, on peut d'ores et déjà relever que, s'il n'existe pas ou peu d'agences européennes de régulation dans les industries de réseaux, de telles agences ont déjà fait leur apparition dans d'autres domaines.

Dans ces conditions, avant d'examiner, sur le plan juridique, s'il est possible de créer, à traité constant, des agences européennes de régulation du même type que les autorités de régulation nationales (II), il convient de dresser un bilan des agences européennes existantes (I).

^(*) *Les opinions exprimées ici le sont à titre personnel et n'engagent pas le ministère des Affaires étrangères.*

¹ Voir la lettre de mission de la Ministre déléguée aux Affaires européennes à M. Christian Stoffaës, président du groupe de travail.

² L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) est citée en exemple.

³ Voir notamment la Communication de la Commission, L'encadrement des agences européennes de régulation, COM(2002) 718 final du 11 décembre 2002.

I – Présentation des agences européennes de régulation existantes

A titre liminaire, on rappellera que le traité CE ne prévoit pas expressément la possibilité de créer des agences de régulation. Tout au plus, trouve-t-on une référence indirecte à la possibilité pour le Conseil de créer des « organismes »⁴. Toutefois, depuis 1975, le Conseil ou le Parlement européen et le Conseil ont institué plusieurs organes que l'on peut regrouper sous le vocable d'agences européennes de régulation même si, en fait, plusieurs expressions sont utilisées pour les désigner⁵.

On dénombre actuellement, à notre connaissance, vingt agences européennes de régulation. Quinze ont été instituées dans le cadre du traité CE, une dans le cadre du traité Euratom et quatre dans le cadre des deuxième et troisième piliers de l'Union européenne⁶. Par ailleurs, la création d'autres agences est actuellement à l'étude. La Commission a tenté de dresser une typologie des agences existantes.

Dans un premier temps, la Commission avait proposé de classer ces agences en trois catégories, selon les tâches qui leur sont attribuées⁷. Ainsi, la Commission distinguait, d'une part, les « agences d'assistance technique et scientifique » qui ont principalement pour fonction de collecter des informations et de réaliser des études⁸, d'autre part, les « agences d'application de la réglementation » chargées de l'application de la législation communautaire dans des domaines très techniques et spécialisés⁹ et, enfin, les « agences de gestion » qui assistent la Commission dans certaines tâches de gestion, notamment dans le cadre de programmes communautaires spécifiques¹⁰.

Plus récemment, la Commission a modifié les contours de ces catégories pour en retenir deux nouvelles¹¹. La première regroupe les agences d'exécution, chargées de tâches de pure gestion, comme l'assistance de la Commission dans la mise en œuvre des programmes communautaires de soutien financier. La seconde rassemble les agences de régulation, chargées de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en adoptant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé.

⁴ En effet, l'article 234, quatrième alinéa, CE, dispose que la Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel « sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient ».

⁵ Parmi les expressions utilisées on trouve notamment celles d'Agence, d'Office, de Fondation, d'Observatoire ou encore de Centre.

⁶ Voir la Communication de la Commission, L'encadrement des agences européennes de régulation, précitée, p. 2.

⁷ Voir la Communication du Président à la Commission, Les agences communautaires, 2001.

⁸ Voir, par exemple, le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle, la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, l'Agence européenne pour la sécurité au travail, l'Agence européenne pour l'environnement, la Fondation européenne pour la formation, l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies ou encore l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes.

⁹ Voir, par exemple, l'Office de l'harmonisation du marché intérieur (OHMI), l'Office communautaire des variétés végétales ou encore l'Agence européenne de sécurité aérienne (AESA).

¹⁰ Voir notamment l'Agence européenne pour la reconstruction.

¹¹ Voir la Communication de la Commission, L'encadrement des agences européennes de régulation, précitée, p. 3.

A ce jour, toutes les agences européennes ont été instituées sur la base d'un règlement du Conseil ou du Parlement européen et du Conseil. Jusque récemment, ces règlements étaient fondés quasi-exclusivement sur l'article 308 CE (ex article 235 du traité CE). Exceptionnellement, ils pouvaient être fondés sur l'article 308 CE (ex article 235 du traité CE) associé à une autre disposition du traité¹², voire sur la seule base d'une autre disposition¹³. En revanche, les derniers règlements instituant des agences dans les domaines de la sécurité aérienne, maritime et des aliments ont été adoptés sur la base juridique spécifique à ces politiques dans le traité¹⁴.

Ensuite, l'ensemble des agences européennes de régulation existantes ont la personnalité juridique. Elles disposent par ailleurs d'organes de direction autonomes. En effet, ces agences sont placées sous la double autorité d'un organe collégial, dénommé conseil d'administration ou conseil de direction, et d'un directeur ou d'un président. Les statuts des différentes agences ne sont toutefois pas homogènes. En effet, si tous les organes collégiaux comprennent au moins un représentant par Etat membre et un représentant de la Commission, certains en comptent plusieurs et d'autres comptent des membres désignés par d'autres institutions communautaires. De même, alors que dans la majorité des cas le directeur ou le président est nommé par l'organe collégial, il est parfois nommé par la Commission ou le Conseil.

Toutes les agences disposent aussi d'une autonomie financière. Seul leur mode de financement varie puisque certaines sont financées par des subventions communautaires alors que d'autres, plus rares, perçoivent des redevances sur les personnes ayant recours à leurs services¹⁵.

Plusieurs éléments caractérisent ensuite le régime de responsabilité de ces agences. D'une part, leur responsabilité politique est relativement limitée puisque leur principal obligation consiste en général à transmettre un rapport sur leurs activités aux institutions communautaires. D'autre part, au plan financier, les agences doivent présenter leurs comptes de gestion à la Commission et à la Cour des comptes.

¹² Voir le règlement (CEE) n° 337/75 du Conseil, du 10 février 1975, portant création d'un Centre européen pour le développement de la formation professionnelle, JOCE L 39, p. 1 fondé sur les articles 128 et 235 du traité CE (devenus articles 151 et 308 CE) et le règlement (CE) n° 1035/97 du Conseil, du 2 juin 1997, portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes, JOCE L 151, p. 1, fondé sur les articles 213 et 235 du traité CE (devenus articles 284 et 308 CE).

¹³ Voir le règlement (CEE) n° 1210/90 du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et au réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JOCE n° L 120, p. 1, fondé sur l'article 130 S du traité CE (devenu article 175 CE).

¹⁴ Voir 1) le règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, JOCE L 33, p. 1, fondé sur les articles 37, 95, 133 et 152, paragraphe 4, point b) CE ; 2) le règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOCE L 208, p. 1, fondé sur l'article 80, paragraphe 2, CE ; et 3) le règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, JOCE L 240, p. 1, fondé sur l'article 251 CE.

¹⁵ C'est le cas par exemple de l'Office de l'harmonisation du marché intérieur (OHMI).

Enfin, s'agissant du contrôle de la légalité de leurs actes, les statuts de ces agences prévoient parfois la compétence des juridictions communautaires¹⁶, voire de la Commission dans quelques cas limités¹⁷.

Enfin, la nature et l'étendue des attributions confiées aux agences européennes sont également très variables. A cet égard, il ressort de la communication de la Commission sur l'encadrement des agences européennes de régulation qu'il est possible de distinguer trois ensembles d'agences selon les tâches et les pouvoirs qui leur sont confiées.

Le premier ensemble regroupe les agences chargées de fournir une assistance sous forme d'avis et de recommandations, qui constituent la base technique et scientifique des décisions de la Commission.

Le second regroupe les agences chargées principalement de fournir une assistance sous forme de rapports d'inspection, destinés à permettre à la Commission d'assurer sa mission de « gardienne » du respect du droit communautaire.

Le troisième et dernier ensemble regroupe les agences dotées du pouvoir d'adopter des décisions individuelles, qui produisent des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers. Dans ce cadre, les agences sont généralement dotées d'une ou plusieurs chambres de recours chargées de statuer sur les recours dirigés contre leurs décisions¹⁸. Les décisions des chambres de recours sont quant à elles, en vertu des statuts de ces agences, susceptibles d'un recours devant le Tribunal de première instance ou la Cour de justice.

Cette présentation montre que les agences européennes de régulation se sont multipliées ces dix dernières années. Elle montre aussi que leur composition, leur fonctionnement et leurs fonctions sont relativement hétérogènes. De plus, il n'existe pas – ou pas encore – de cadre général pour l'encadrement des agences européennes de régulation¹⁹. C'est sur la base de cette expérience que nous proposons d'examiner à présent la question de savoir s'il est possible de créer, à traité constant, des agences européennes de régulation du même type que les autorités de régulation nationales.

II – Sur la possibilité de créer des agences européennes de régulation

Afin de déterminer dans quelle mesure il est possible de créer, à traité constant, des agences européennes de régulation du même type que les autorités de régulation nationales (B), il convient dans un premier temps de préciser les principes applicables à l'attribution de certaines tâches à des organismes autres que la Commission (A).

¹⁶ Il n'est cependant guère douteux que, même dans le silence des textes, les actes des agences sont soumis au contrôle des juridictions communautaires (voir, en ce sens, arrêt du 2 décembre 1992, SGEEM et Etroy/BEI, C-370/89, Rec. p. I-6211).

¹⁷ Voir le contrôle du Centre européen pour le développement de la formation, de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail et de l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail. Voir également l'Office de l'harmonisation du marché intérieur et l'Office communautaire des variétés végétales pour le contrôle de certains actes de leur président et de leur comité budgétaire.

¹⁸ Voir l'Office de l'harmonisation du marché intérieur, l'Office communautaire des variétés végétales et l'Agence européenne pour la sécurité aérienne.

¹⁹ Voir, toutefois, le règlement n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JOCE L 11 du 16 janvier 2003, p. 1.

A – Principes juridiques applicables à la création d’agences européennes de régulation

Aux termes de l’article 211, quatrième tiret, CE, en vue d’assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission «*exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l’exécution des règles qu’il établit*». Selon la Cour, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le Conseil ou la Commission délègue une partie de leurs pouvoirs à des organismes tiers, telles que des agences européennes de régulation.

Toutefois, la possibilité pour le Conseil et la Commission de déléguer leurs pouvoirs a été strictement encadrée par la Cour dans son arrêt du 13 juin 1958, Meroni/Haute Autorité (9/56, Rec. p. 18, ci-après l’«*arrêt Meroni*») qui, bien que relativement ancien, continue de faire autorité.

La Cour a tout d’abord précisé dans son arrêt Meroni que «*la délégation de pouvoirs ne se présume pas et que même habilitée à déléguer ses pouvoirs, l’autorité délégante doit prendre une décision explicite les transférant*». Il résulte donc de cette jurisprudence que pour créer une agence européenne de régulation, il est nécessaire pour l’autorité qui souhaite déléguer ses pouvoirs, d’une part, d’être habilitée à procéder à une telle délégation et, d’autre part, d’adopter une décision explicite les transférant.

Ensuite, la Cour a précisé quelle pouvait être l’étendue de cette délégation de pouvoirs. Ainsi, dans l’arrêt Meroni, la Cour a eu l’occasion de préciser que «*les conséquences résultant d’une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu’elle vise des pouvoirs d’exécution nettement délimités et dont l’usage, de ce fait, est susceptible d’un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l’autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d’appréciation, susceptible de traduire par l’usage qui en est fait une véritable politique économique*»²⁰. Selon la Cour, une délégation du premier type n’est pas susceptible de modifier substantiellement les conséquences qu’entraîne l’exercice des pouvoirs qu’elle affecte, alors qu’une délégation du second type, en substituant les choix de l’autorité délégataire à ceux de l’autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité²¹.

Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour que seules les délégations qui portent sur une compétence liée, et donc non discrétionnaire, sont admissibles au regard du droit communautaire. De plus, la Cour a jugé que «*pareilles délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d’exécution, exactement définis, et entièrement contrôlés, dans l’usage qui en est fait*»²².

La Cour exige donc, en premier lieu, que les pouvoirs conférés à l’autorité délégataire se limitent à des pouvoirs d’exécution. Dans ce cadre, les autorités en question peuvent disposer d’un pouvoir de décision individuelle. Certains agences européennes existantes disposent d’ailleurs d’une telle compétence. En revanche, comme la Cour a eu l’occasion de le confirmer dans son arrêt du 14 mai 1981, Romano, le Conseil ne peut pas habiliter des organismes tiers «*à arrêter des actes revêtant un caractère normatif*»²³. La Cour exige, en deuxième lieu, que les pouvoirs délégués soient exactement définis. Cette définition doit ressortir de l’acte par lequel l’autorité délégante transfère le pouvoir délégué.

²⁰ Arrêt Meroni précité, p. 43.

²¹ Arrêt Meroni précité, p. 43.

²² Arrêt Meroni précité, p. 44.

²³ Affaire 98/80, Rec. p. 1241, point 20.

En troisième et dernier lieu, la Cour exige que l'usage des pouvoirs délégués soit entièrement contrôlé par l'autorité délégante. Cela étant, on peut estimer que la Cour ne serait plus aussi exigeante aujourd'hui en particulier pour des pouvoirs de décision strictement individuelle²⁴. Dans ces conditions, il convient à présent d'examiner la possibilité de créer, à traité constant, des agences européennes de régulation du même type que les autorités de régulation nationales.

B – Mise en œuvre des principes juridiques

Pour évaluer la possibilité de créer, à traité constant, des agences européennes de régulation du même type que les autorités de régulation nationales, il importe de déterminer au préalable les pouvoirs que l'on entend confier à ces autorités. En France, les autorités de régulation, comme l'Autorité de régulation des télécommunications ou la Commission de régulation de l'énergie, disposent généralement d'une large variété de pouvoirs que l'on peut regrouper en deux catégories.

La première catégorie regroupe les fonctions normatives des autorités de régulation. Dans ce cadre, ces autorités disposent, d'une part, d'une compétence consultative, souvent obligatoire et parfois facultative. D'autre part, elles disposent d'un pouvoir de proposition, qui est un pouvoir important dans la mesure où l'autorité qui en est destinataire ne peut qu'accepter ou refuser cette proposition mais non la modifier. La législation nationale confère enfin aux autorités de régulation un pouvoir de décision individuelle et, dans des domaines précis et limités, un pouvoir réglementaire.

La seconde catégorie regroupe les fonctions de surveillance et de contrôle. Dans ce cadre, les autorités de régulation disposent, d'une part, d'un pouvoir d'information et, d'autre part, d'un pouvoir d'enquête. Elles sont également investies du pouvoir de sanctionner le manquement des opérateurs à certaines règles législatives ou réglementaires et à ses propres décisions. Enfin, elles sont chargées de régler les différends entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux. Il importe à présent d'examiner si, à la lumière des principes dégagés précédemment, il est possible de créer des agences européennes de régulation disposant de tels pouvoirs.

En premier lieu, on peut soutenir qu'il est parfaitement possible, à traité constant, de créer des agences européennes de régulation dotées de compétences consultatives dans la mesure où cette agence ne se substituerait pas à l'autorité détenant le pouvoir de décision.

De même, on peut considérer qu'il est possible de transférer à des agences européennes de régulation un pouvoir de décision individuelle, dès lors que cette délégation porte sur des pouvoirs d'exécution exactement définis. Ainsi en est-il de l'Office de l'harmonisation du marché intérieur et de l'Agence européenne de sécurité aérienne. En revanche, la circonstance que la Commission ne disposerait pas d'un pouvoir de contrôle vis-à-vis de ces pouvoirs ne semble pas déterminant. D'ailleurs, ni les décisions de l'Office de l'harmonisation du marché intérieur ni celles de l'Agence européenne de sécurité aérienne ne font l'objet d'un contrôle préalable de la Commission.

Il serait également possible de doter les agences européennes de régulation de pouvoirs d'information et d'enquête à condition, d'une part, que les domaines concernés soient strictement définis et circonscrits

²⁴ Ainsi, le Tribunal et la Cour ont eu l'occasion d'interpréter à de très nombreuses reprises des décisions de l'Office de l'harmonisation du marché intérieur sans jamais émettre le moindre doute sur la validité du règlement en tant que celui-ci lui confère le pouvoir d'adopter des décisions individuelles qui échappent au contrôle de la Commission.

et, d'autre part, que les tiers bénéficient d'une garantie appropriée de leurs droits. Ainsi, on relèvera que l'Agence européenne de sécurité aérienne dispose du pouvoir d'effectuer des inspections et des enquêtes nécessaires à l'accomplissement de ses missions²⁵.

En revanche, il résulte de la jurisprudence de la Cour qu'il n'est pas possible de permettre à des agences européennes de régulation d'arrêter des actes revêtant un caractère normatif. En effet, comme cela a été expliqué précédemment, seuls des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité déléguante peuvent être transférés.

Plus délicate est la question de savoir si des agences européennes de régulation pourraient également être dotées de pouvoirs de proposition, de sanction et de règlement des différends, à l'instar des autorités nationales de régulation.

S'agissant tout d'abord du pouvoir de proposition, on observera que, sauf erreur, aucune des agences européennes existantes ne dispose d'un pouvoir de proposition semblable à celui dont disposent les autorités nationales de régulation, à savoir le pouvoir de proposer des mesures que l'autorité destinataire ne peut qu'accepter ou refuser mais non modifier. On peut d'ailleurs se demander si la Cour accepterait que le pouvoir d'exécution de la Commission soit ainsi affecté. Quoiqu'il en soit, il faudrait qu'un tel pouvoir confié à des agences européennes de régulation soit particulièrement limité, tant en ce qui concerne le domaine que la portée technique des mesures.

S'agissant ensuite du pouvoir de sanction, on relèvera une nouvelle fois que, sauf erreur, aucune des agences européennes existantes ne dispose d'un pouvoir de sanction comparable à celui dont bénéficient les autorités nationales de régulation. Toutefois, dans le domaine de l'aviation civile, il est intéressant d'observer que l'Agence européenne de sécurité aérienne dispose du pouvoir de modifier, suspendre ou révoquer tout certificat qu'elle a la compétence d'accorder lorsque les conditions aux termes desquelles il a été délivré ne sont plus remplies ou lorsque son bénéficiaire ne remplit pas les obligations que lui impose la réglementation communautaire²⁶. Ce pouvoir de révoquer un certificat en cas de manquement du bénéficiaire à ses obligations est déjà l'expression d'un pouvoir de sanction.

Dans ces conditions, il n'est pas exclu que le fait de confier un pouvoir de sanction à des autorités européennes de régulation soit compatible avec le droit communautaire. Cependant, en l'absence de prise de position de la Cour sur cette question délicate, il est difficile d'adopter une position ferme et définitive sur ce point. Cela étant, on peut considérer, qu'en tout état de cause, il ne serait possible de confier un pouvoir de sanction à des autorités européennes de régulation que si, d'une part, cette délégation ne remettait pas en cause l'équilibre institutionnel de la Communauté²⁷, d'autre part, ce pouvoir de sanction était limité à ce qui est nécessaire pour accomplir la mission impartie à ces autorités, et, enfin, le législateur avait assorti l'exercice de ce pouvoir de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés garanties par le droit communautaire.

²⁵ Voir les articles 12, paragraphe 2 c) et 16, du règlement n° 1592/2002 précité.

²⁶ Voir l'article 15, paragraphes 1 i) et 2 c), du règlement n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, précité.

²⁷ Arrêt Meroni précité, p. 44.

S'agissant enfin du pouvoir de régler des différends entre les acteurs du marché, on relèvera une fois encore que, sauf erreur, aucune des agences européennes existantes ne dispose d'un tel pouvoir. Certes, ainsi qu'il a été dit précédemment, certaines agences existantes sont dotées d'une ou plusieurs chambres de recours. Toutefois, ces chambres de recours ne sont pas chargées de régler des différends entre les acteurs du marché mais de statuer sur les recours dirigés contre les décisions de ces agences.

En l'absence de prise de position de la Cour, il paraît délicat d'adopter une position ferme et définitive sur la question de savoir si des agences européennes de régulation pourraient être dotées du pouvoir de régler des différends. Cela étant, il n'est pas exclu qu'il soit compatible avec le droit communautaire de déléguer un tel pouvoir dans la mesure où il ne s'agit pas d'une compétence naturelle de la Commission.

En conclusion, on peut considérer qu'il est possible de créer des agences européennes de régulation sur le fondement du traité CE dans sa version actuelle, sous les conditions et dans les limites exposées précédemment.

III.g « L'Etat de la régulation dans sept Etats membres de l'Union européenne »

(Direction des Relations Economiques Extérieures)

1 - D'une manière générale, les autorités des sept Etats considérés se montrent satisfaites de la régulation des grands réseaux d'infrastructures, qu'il s'agisse du rôle joué par la Commission européenne aussi bien que de celui des régulateurs nationaux.

A titre d'exemple, le ministère néerlandais de l'Economie mentionne la transposition des directives sur les réseaux et services de communications électroniques et du partage satisfaisant des rôles entre niveau communautaire et niveau national en matière de régulation. De même, les Britanniques se félicitent des interventions de la Commission, qui garantissent la libre concurrence. Pour ces derniers, la régulation n'est nécessaire qu'en cas de position dominante, héritée de l'histoire ou de monopoles naturels. Les autorités belges insistent également sur le fait qu'il est indispensable de veiller à éviter un comportement monopolistique, notamment pour les chemins de fer et la poste.

Les Italiens se montrent plus nettement favorables à la création d'autorités indépendantes qui, selon eux, constitueraient une garantie pour la régulation du marché, compte tenu des situations très contrastées en Europe. Dans le même temps, ils regrettent les fortes résistances de la Commission à se départir de certaines fonctions de contrôle au profit d'une autorité indépendante européenne.

1.1 S'agissant des postes et télécommunications les Etats membres considèrent globalement que les nouvelles directives sur les réseaux et services de communications électroniques de 2002 constituent un développement favorable et positif des anciennes directives ONP, mais déplorent (Royaume Uni notamment) les retards de transposition constatés dans plusieurs pays. En ce qui concerne la poste, l'Espagne affiche une position mesurée en matière d'accélération de l'ouverture du secteur postal, position assez proche de celles de l'Italie, du Portugal, de la Grèce et de la France. Les Britanniques eux-mêmes restent discrets sur l'ouverture de la distribution du courrier à la concurrence : la poste étant devenue récemment déficitaire, ils cherchent à redresser Royal Mail avant de la privatiser.

1.2 Concernant le domaine des transports, le rail apparaît comme le cas typique du monopole naturel et les britanniques ne voient pas la nécessité d'une régulation européenne pour déterminer les modes opératoires des réseaux ferrés, qui se heurterait aux priorités évolutives et disparates des différents Etats membres. Certains opérateurs regrettent même l'idée que la régulation européenne ait suivi le modèle britannique fondé sur la séparation entre infrastructures et utilisateurs du réseau. De même, les autorités allemandes estiment que les différentes instances européennes (Commission, AEIF) remplissent déjà parfaitement les objectifs qui seraient ceux de l'agence ferroviaire européenne proposée par la Commission et qui ne devrait être, au plus, qu'un organe léger de coordination.

Les Etats membres estiment, à l'instar du Royaume Uni, qu'en matière de **transport aérien** la régulation doit être également circonscrite : les directives sur les aides d'Etat devant suffire à prévenir les distorsions de concurrence. L'Allemagne et la Suède estiment en outre que l'agence européenne sur la sécurité aérienne (EASA) devra faire ses preuves avant de songer à étendre ses compétences.

1.3 Concernant l'énergie, les différentes autorités nationales se montrent satisfaites des modes de régulation en vigueur, même si certaines (Royaume-Uni notamment) dénoncent la complaisance de la

commission à l'égard des Etats n'ayant pas encore transposé les directives dans les faits. En règle générale, les Etats estiment que la régulation doit porter sur l'ouverture du marché et les conditions d'accès au réseau.

2 - Les Etats membres sont loin d'être convaincus à ce stade de la nécessité et de l'utilité de création d'agences européennes.

Pour les Néerlandais, la nécessité d'une régulation peut être temporaire et ne pas justifier la création d'agences permanentes. Ils lui préfèrent un renforcement de la coordination au sein des réseaux européens existants. Les Belges conçoivent tout au plus l'intérêt d'un institut européen en matière de transport ferroviaire chargé de coordonner les règles se rapportant tant à la sécurité qu'à l'accès au réseau pour les nouveaux opérateurs. Les Britanniques, comme les Allemands suivent la même opinion et ne souhaitent pas la création d'agences supranationales nouvelles. Les Britanniques préférant que les professions s'organisent d'elles mêmes quand elles ont en besoin, et les Allemands veillant au strict respect du principe de subsidiarité, comme en témoigne, dans le domaine de l'énergie, la récente position de Berlin sur l'autorité de sûreté nucléaire supra nationale proposée dans le cadre du paquet nucléaire de Mme de Palacio. Seuls les Italiens semblent plus volontiers disposés à examiner des propositions dans le sens de ces créations, dans la mesure, cependant, où serait défini avec précision le périmètre d'action ainsi que les compétences de ces agences.

3 - Concernant l'évaluation des effets de l'ouverture à la concurrence, telle que réalisée au niveau européen par la Commission, les Etats-Membres interrogés manifestent un intérêt notable, mais prônent davantage des modifications ou améliorations des critères et des méthodes utilisés, que la création d'une nouvelle structure (observatoire).

Certains Etats membres considèrent tout d'abord que les méthodes d'évaluation bâties par la Commission sont perfectibles voire critiquables. En particulier, les critères apparaissent trop rigides et mal adaptés à une analyse réellement qualitative (Pays Bas). L'Allemagne se montre même quelque peu irritée par le cadre d'analyse élaboré par la Commission et qui permet à cette dernière de conclure à l'insuffisante ouverture réelle du marché allemand de l'électricité.

La plupart des autorités nationales estiment qu'il est trop tôt pour apprécier les effets de l'ouverture, la situation étant encore transitoire dans de nombreux domaines. Le domaine des télécoms apparaît pour beaucoup comme le secteur le plus avancé en ce qui concerne les évaluations. Les autorités néerlandaises estiment ainsi que le rapport annuel de la commission est très approfondi et satisfaisant. De même, Londres considère comme satisfaisants les outils d'analyse. Mais ceci doit aussi être compris comme le souhait de ne pas voir se développer davantage les procédures de contrôle.

Les Etats membres ne souhaitent pas se voir imposer de nouvelles structures d'évaluation communautaire et privilégient les instances nationales indépendantes (Royaume Uni, Allemagne, Pays Bas). L'Italie se montre cependant favorable à la création d'un observatoire étudiant les effets sur les prix et la qualité des services publics ainsi que les écarts constatés entre les différents Etats membres, comme le propose la Commission dans le cadre de la libéralisation du transport ferroviaire. Enfin, la Belgique, critique sur les grilles d'analyse actuelles est particulièrement en faveur d'un renforcement des outils d'évaluation afin d'analyser l'amélioration réelle de l'offre.

**III.h « Sécurité et transport dans l'Union européenne :
le recours aux agences de régulation »**

*par Loïc Grard,
Professeur de droit public*

16 juin 2003

Istituto Affari Internazionali (IAI)

en collaboration avec

le Groupe d'Etudes Politiques Européennes (GEPE)

et

Initiative pour des services d'utilité publique en Europe (ISUPE)

SEMINAIRE SUR LES AGENCES EUROPEENNES DE REGULATION

Rome, 26 juin 2003

Au cœur du propos se situe l'exercice par la Commission de sa fonction exécutive opérationnelle. En la matière, « trop d'opérations risquent de tuer l'exécution » et troubler l'équilibre institutionnel de la Communauté européenne. C'est pourquoi, au nom de la bonne gouvernance, la Commission s'entoure d'organismes décentralisés : agences d'exécution et agences de régulation. Les premières sont désignées comme « organismes communautaires investis d'une mission de service public » chargées de tâches de pure gestion. Elles obéissent désormais à un statut général fixé par le règlement n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 qui porte « statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires » (JOCE n° 1. 11 du 16 janvier 2003, p. 1). Mais rien de tel ne vient baliser la création des agences cr? es avec pour mission la sécurité des transports. Ces dernières s'ajoutent à la liste déjà longue d'un ensemble éclectique d'organismes subsidiaires désignés agences de régulation. Elles appartiennent donc à la seconde catégorie d'organismes décentralisés, en tant qu'il leur revient de participer activement à la fonction exécutive. A ce titre, elles apparaissent comme des régulateurs techniques. En matière aérienne et maritime, elles sont en train d'entrer en fonction. Une troisième agence est à l'agenda du législateur communautaire. En ce qui concerne le ferroviaire (proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence ferroviaire européenne, COM (2002) 24 du 23 janv. 2002, au-delà de la sécurité, son rôle devrait s'étendre à l'interopérabilité.

Pour sa part, l'Agence européenne pour la sécurité aérienne (ESA) (Règlement n° 592/2002 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2002, JOCE n° L. 240 du 5 sept. 2002, p. 1) s'inscrit dans le processus ininterrompu de communautarisation de l'aviation civile, par lequel le marché unique ne sera pleinement réalisé que lorsque les conditions d'exploitation seront non moins pleinement harmonisées. Dans cette perspective, le législateur communautaire cherche à égaliser par le haut le respect des règles de sécurité. Il s'inscrit en outre dans l'héritage des *Joint Aviation Authorities* (IAA), traditionnelle coopération entre administrations nationales de l'aviation civile, grippée par la recherche permanente du consensus.

Le ressort de l'Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM) est un peu différent. Il résulte pour l'essentiel d'une intention affichée au lendemain de la catastrophe de l'Erika (Règlement n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2002, JOCE n° L.208 du 5 août 2002, p. 1). Elle forme en effet le volet administratif d'un ensemble de propositions formulées par la Commission pour enrayer la montée des périls environnementaux supportés par les espaces marins. Elle concourt à l'objectif de réduction des risques d'accidents maritimes, de pollutions marines et de pertes de vie en mer. Dans cette perspective, l'AESM a vu sa mise en place précipitée par le désastre consécutif au naufrage du Prestige. Elle est opérationnelle depuis décembre 2002.

La création de ces organismes, qu'il faut qualifier de décentralisés au sens où ils ont la personnalité juridique et jouissent d'une certaine autonomie, forme un élément supplémentaire de la déjà très riche politique commune des transports. C'est pourquoi l'article 80§2 du traité CE a été choisi comme base juridique ; ce qui implique la majorité qualifiée ainsi que la codécision. On observe ainsi, que contrairement à la plupart des autres agences de régulation, les organismes dédiés à la sécurité des transports ne sont pas des créatures de l'article 308 du traité CE. Mais assez curieusement, leur implantation géographique reste décidée en Conseil européen sur la base d'une application analogique de l'article 289 du traité CE. Cette dissociation apparaît d'autant plus regrettable, que cette décision n'est toujours pas prise et gêne de ce fait le démarrage des activités des deux agences. En guise de dernière spécificité de conception, il convient enfin de relever leur dimension paneuropéenne. La participation de pays européens non communautaires est admise, à condition que ces derniers aient

accepté les acquis communautaires. L'Europe des quinze est trop petite pour une sécurité durable. Les agences étendront donc leur action dans une géographie réellement continentale.

Le motif de leur apparition tient au fait que l'agence de régulation est appropriée pour des domaines à haute spécialisation technique (L'encadrement des agences européennes de régulation, COM (2002) 718 final, p. 12 ; ce qui est le cas de la sécurité des transports. Cette dernière ne peut être assumée ni par les seules administrations nationales, car il s'agit de la gestion d'intérêt commun, ni par la Commission car elle cherche à éviter l'asphyxie administrative. Les agences de régulation pour la sécurité du transport apparaissent donc comme fruit d'un « ni-ni ». Mais les choses ne sont pas aussi dogmatiques. L'approche comparée des agences pour la sécurité des transports fait en effet apparaître des modèles administratifs de degré variable qui semblent bien dépendre de l'intensité technique de ce que les Etats ne doivent plus faire individuellement et de ce que la Commission ne peut pas faire seule. Il convient de conserver à l'esprit que la fonction exécutive consiste à débarrasser de tout ce qui n'est pas strictement d'exécution. L'équilibre ainsi tracé n'a jamais été aussi bien mis en évidence auparavant. C'est pourquoi de cette approche des agences de régulation par les transports, il découle une décentralisation audacieuse dans sa substance (I.) et en même temps exemplaire dans la forme (II).

I - UNE DÉCENTRALISATION AUDACIEUSE DANS SA SUBSTANCE

L'analyse des tâches et des pouvoirs d'action dont sont investies les agences « sécurité des transports » a fait d'abord apparaître la satisfaction d'un objectif lié à la réalisation du marché intérieur : éliminer les frontières techniques justifiées par les exigences que les Etats énoncent en matière de sécurité des transports. A cette fin, en théorie générale du droit du marché intérieur, seule l'harmonisation des règles forme un remède adéquat. Mais la question de la sécurité est si spécifique que la simple unification du droit ne suffit pas. La mise en œuvre par chaque Etat comporte trop d'aléa. C'est pourquoi, le législateur communautaire invente des mécanismes de suivi, pour garantir l'application uniforme des mesures communes et dans certaines hypothèses privilégie la centralisation de l'exécution des règles. Ces fonctions relèvent logiquement des pouvoirs de la Commission. Elles sont au nombre de deux : surveiller l'exécution par les Etats des règles communautaires, ne pas laisser aux Etats l'exécution des décisions d'harmonisation. L'unité exige donc un dépassement de l'harmonisation par un recours à la centralisation.

Mais la centralisation de ces missions hautement techniques rentre en contradiction avec le souci plus général de bonne gouvernance visant à désencombrer la Commission de missions justement trop « techniques ». Le vœu de cette dernière consiste désormais à se recentrer sur ses missions essentielles (Livre blanc sur la gouvernance européenne, CCM(2001) 428 du 25 juillet 2001). C'est pourquoi la défiance à l'égard de la décentralisation géographique sur les Etats combinée au souhait de ne pas asphyxier la Commission débouche sur le recours à des Agences et donc la décentralisation technique.

Dans cette perspective, un socle commun aux différents agences est bâti. Il en découle une somme de pouvoirs leur permettant d'assister la Commission dans le contrôle de l'unité dont les Etats doivent faire preuve dans la manière d'exécuter les politiques communes de sécurité (A). Par ailleurs pour la seule sécurité aérienne, l'aptitude à prendre des décisions d'exécution opérationnelle est consacrée (B). Cela ne paraît pas anormal car si l'AESA mène l'action en matière de sécurité, l'ESM pour sa part se contente de soutenir l'action des Etats et de la Commission.

Le recours aux agences pour la sécurité des transports s'explique donc par un besoin impératif de centralisation sur la Commission qui, désireuse de ne pas devenir un monstre bureaucratique, s'appuie sur la décentralisation technique. Pour résumer, le succès de la centralisation territoriale dépend du recours à la décentralisation technique...

A. Une mission d'assistance renforcée

L'idée d'assistance renforcée se justifie de deux manières. En premier lieu, les agences de transports ne se cantonnent pas à formuler à l'adresse de la Commission des avis ou des recommandations à l'image de ce qui est pour l'Autorité européenne pour l'évaluation des médicaments. Elles vont bien au-delà. En second lieu, l'assistance se dédouble pour apporter aux Etats une expertise supplémentaire et ainsi les aider à appliquer sans dissidence les exigences de la politique commune de sécurité.

1) L'assistance aux Etats

L'idée d'assistance renforcée se traduit en ce qui concerne l'AESM par le fait que cette dernière est érigée en collaborateur des Etats membres. Elle leur offre une aide technique et scientifique pour appliquer correctement la législation communautaire en matière de sécurité maritime. Les Etats sont moins surveillés que soutenus pour respecter les règles communes. L'action de l'AESM a ceci de remarquable qu'elle apparaît plutôt préventive : faire en sorte qu'il n'y ait pas survenance de situation irrespectueuse du droit communautaire de la sécurité maritime. Rentrent dans cette perspective : l'organisation d'actions de formation appropriées pour les inspecteurs nationaux, la participation à des activités relatives aux enquêtes sur les accidents et la coordination de ces activités, répondre aux questions sur l'application de la législation communautaire. L'AESM devient un interlocuteur unique à tous ceux qui sont impliqués dans la politique de sécurité maritime. Elle tire vers le haut les performances de chaque administration. A cet égard, force est de souligner qu'elle répond à l'attente des Etats membres qui avaient sollicité sa création.

Faciliter l'échange des « best practices » représente le deuxième atypisme de l'AESM qui par ce biais est imposée comme une courroie de transmission entre les Etats, pour que soient partagés et diffusés au mieux les savoir-faire de chacun pour une meilleure organisation des législations communes. Par cette manière de procéder, l'unité dans l'application du droit n'est pas imposée, elle est suscitée. Savoir faire et faire savoir : telle semble être la double clef du premier volet de l'assistance que promet l'EMSA. Il en ressort que cette agence apporte un soutien à l'exécution opérationnelle des politiques communautaires par les Etats membres, en coordonnant l'action des régulateurs nationaux : ce qui forme l'embryon d'une régulation en réseau, alors que dans le cas de l'AESA, cette dernière devient beaucoup plus centralisée et l'assistance est de ce fait apportée exclusivement à la Commission. Il en découle que plus la politique publique menée par la Communauté est centralisée sur la Commission, plus les pouvoirs de l'agence sont renforcés. En d'autres termes, plus l'exécution opérationnelle est décentralisée sur les Etats, moins les pouvoirs de l'agence de régulation sont rigoureux.

2) L'assistance à la Commission

La mission des agences se résume de la manière suivante : permettre à la Commission de mettre à jour et développer sa législation, contrôler sa mise en œuvre et évaluer les mesures en vigueur. En d'autres termes, les agences sont titulaires des moyens les plus larges pour que la Commission joue son rôle de gardien du respect du droit communautaire. Dans la réalité, le droit est moins homogène. Certaines différences surgissent entre les deux organismes.

L'assistance est d'abord réglementaire, au sens où les agences oeuvrent pour que la Commission mette à jour et développe la réglementation communautaire. Cela passe par la rédaction d'avis ou d'études, de manière à ce que la Commission prenne une décision ou propose une législation. Les agences assurent ainsi la sous-traitance technique des choix de politique de sécurité opérés par la Commission. L'ingénierie de l'exécution opérationnelle des politiques de sécurité leur revient donc. A cet égard, force est de relever qu'un rôle identique est dévolu dans la conduite des relations extracommunautaires en matière de sécurité aérienne. L'AESA peut passer à cet effet des « arrangements de travail ».

Nonobstant, l'assistance concourt au contrôle de la mise en œuvre des réglementations extracommunautaires au sens où, plus que l'harmonisation de la politique commune de sécurité des transports, le législateur cherche à accomplir une mise en œuvre uniforme des règles communes. A cette fin, l'AESA a explicitement la responsabilité du contrôle de l'application effective des règlements par les Etats. Elle accomplit en quelque sorte une mission de « monitoring » en décidant des « inspections » dans les Etats membres. L'agence fera rapport à la Commission qui pourra ensuite engager des procédures d'infraction en cas d'application incorrecte des règles. Les inspections aériennes ne sont pas neutres ; elles revêtent en vérité un caractère précontentieux. En outre, elles relèvent d'un pouvoir de décision individuelle reconnu à l'agence. La même possibilité lui est accordée pour enquêter au sein des entreprises. Sur ce dernier point, on est proche des moyens d'investigation reconnus à l'exercice d'une politique de régulation bien mieux connue : la régulation concurrentielle.

Les termes sont en revanche plus nuancés pour ce qui concerne l'AESM qui ne procède qu'à des « visites » dans les Etats membres et en aucun cas des visites inopinées. Les objectifs ne sont pas identiques. L'AESM contrôle le fonctionnement global du régime du contrôle par l'Etat du port (L. Gard, Les transports maritimes, Joly communautaire 2003). Elle collecte les informations et exploite des bases de données pour aider la Commission à dresser la liste noire des navires hors normes. Elle supplée techniquement la Commission dans sa mission d'audit des sociétés de classification. En d'autres termes, elle ne détient ni la compétence, ni les pouvoirs de l'AESA, pour conduire une politique d'inspection générale auxiliaire du rôle de gardien de la Commission. Cela n'a rien de surprenant ; la politique aérienne de sécurité a été conçue sur une base plus centralisée que son équivalent pour le transport maritime.

Au total, indépendamment des différences, l'assistance apportée à la Commission concerne donc son rôle de contrôle et de concepteur des règles de sécurité. Cela revient à une assistance à la régulation technique. L'AESM et l'AESA sont donc moins régulateurs, qu'assistants régulateurs.

B. Des pouvoirs décisionnels sans équivalent

Dans certains domaines, l'harmonisation et le contrôle de l'unité dans l'application des règles communes ne suffisent pas. Il faut aller au-delà. Substituer un centre décisionnel commun aux Etats membres peut ainsi apparaître absolument nécessaire. Les impératifs de sécurité aérienne se situent dans cette perspective. C'est pourquoi, certains chapitres de l'exécution opérationnelle de la politique communautaire sont retirés aux Etats, pour être confiés à l'AESA. Ici la capacité décisionnelle est portée aussi loin que le rend possible le droit et notamment les exigences posées par la jurisprudence Méroni » en matière de délégation à des organes subsidiaires (CJCE., aff. 9/56, 13 juin 1958, Rec. 9).

1) Des pouvoirs propres en ce qui concerne les décisions individuelles

L'AESA exécute directement certaines tâches. Elle a le pouvoir d'adopter des décisions individuelles comportant des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers. En premier lieu, elle délivre les « certificats de type » des aéronefs (permis de voler des nouveaux types d'avion). Les systèmes nationaux de certifications s'intègrent ; ce qui évite aux constructeurs et aux fabricants de produire différentes versions d'un même type d'avion ou d'équipement selon le pays où il sera utilisé. Cette tâche était jusqu'alors dévolue aux autorités nationales qui, en revanche, continueront d'octroyer les certificats individuels (CDN). En second lieu, la délivrance des agréments des ateliers de conception de production ou d'entretien, y compris non européens appartient à l'AESA. Les certificats et les agréments sont donc devenus européens. Ce pouvoir propre est inédit pour une agence. En effet, l'examen des précédents montre, entre autre exemple, que les décisions de l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments appartiennent formellement à la Commission et que celles des l'OHMI sont dans leur légalités contrôlées par la Commission.

Mais la matière est technique, les décisions sont individuelles, la marge de manœuvre réduite : tous ces facteurs incitent à penser que la Commission n'est pas excessivement dépossédée de sa mission et que la délégation reste dans les cadres juridiques impliqués par le respect du principe d'équilibre institutionnel. Elle demeure plus opérationnelle qu'exécutive. Cependant, rien ne permet d'interdire d'imaginer qu'une succession de décisions individuelles engendre une pratique décisionnelle et forcément les germes de normes à caractère réglementaire. De surcroît, au nom de la théorie de l'ascendance fonctionnelle des pouvoirs, il est loisible d'imaginer une émancipation rampante de l'AESA. Enfin, si la décision est individuelle, ses effets ne le sont pas : le certificat de navigabilité est certes délivré à un seul type aéronef, mais pour l'ensemble des compagnies prêtes à l'acquiescer...

Par ailleurs, à moyenne échéance l'AESA deviendra l'interlocuteur de la FAA américaine et sous-traitera la conclusion d'un accord bilatéral de reconnaissance mutuelle des homologations. Par exemple, une certification de type pour un nouvel Airbus déjà valable pour toute l'Europe le sera également pour les Etats-Unis. A ce jour, seuls sept Etats de l'Union européenne sont ainsi liés aux Etats-Unis (pour la France, V. accord du 14 mai 1996, dit « BASA », Bilateral Aviation Safety Agreement). On mesure l'importance du progrès qui sera ainsi accompli et le poids donné aux décisions de l'AESA.

2) Un pouvoir réglementaire indirect et insidieux

La réglementation relative à la navigabilité des aéronefs et leurs équipements revient à définir les normes communes en matière de sécurité et de protection de l'environnement. Dans cette perspective, l'AESA se voit reconnaître le pouvoir d'établir des codes de navigabilité, de valeur non contraignante il est vrai, mais indiquant aux Etats comment se mettre en conformité avec les réglementations communautaires. Elle leur conseille les pratiques acceptables pour être en respect des exigences de sécurité. Cela revient à sous-tendre que toute autre manière d'appliquer n'est pas acceptable. Dès lors, certes non contraignants, les codes de navigabilité semblent exclure tout autre choix juridique. Force est en effet de reconnaître que les Etats ne sont pas liés par lesdites mesures. Si en revanche ils s'y conforment, ils deviennent irréfragablement en conformité avec le règlement. En droit, rien ne leur est donc imposé, mais dans les faits la situation est telle qu'ils se plieront aux exigences de l'AESA. Ces règles non obligatoires font donc autorité... C'est pourquoi, resurgit ici la question « Méroni », au sens où formellement il n'y a pas consécration d'un pouvoir réglementaire, mais insidieusement il est là... Découvre-t-on ici un pouvoir d'exécution mou qui serait déléguable à une agence, par opposition à un pouvoir d'exécution dur qui ne l'est pas ?...

Par ailleurs, lorsque l'AESA sera sur les rails, ils lui restera à convaincre que ses travaux sont équivalents à ceux que mène son alter ego américain et que les conditions sont remplies pour des accords bilatéraux Etats-Unis/Union européenne portant reconnaissance mutuelle des certificats et des agréments. C'est ainsi que la labélisation commune des produits européens devrait faciliter l'exportation de ceux-ci vers les Etats-Unis et corrélativement vers le reste du monde.

Il ressort une équation logique suivant laquelle plus une politique de sécurité est centralisée sur la Commission, plus cette dernière opte pour un mécanisme de décentralisation technique renforcée. La prospérité juridique d'une agence de régulation technique semble donc dépendre du degré de centralisation de la politique publique sous-jacente. Nonobstant cette tendance remarquable, chacune des deux agences « transport » se classe dans son rôle parmi les plus évoluées de la constellation des organismes subsidiaires de la Communauté dédiés à la régulation. Sans nul doute, le modèle fédéral représenté par les Etats-Unis a compté (V. Les rôles respectifs de la FAA et des « Coast-guards »).

II - UNE DÉCENTRALISATION EXEMPLAIRE DANS LA FORME

Le cas des agences transport est exemplaire de la manière avec laquelle leur administration est différenciée selon qu'elles assurent le seul rôle d'assistance ou un rôle décisionnel. C'est ainsi que le fonctionnement (A.) comme les contrôles (B.) apparaissent symptomatiques des singularités respectives de l'AESA et de l'AESM quant à la subordination à la Commission qui est la leur. Ainsi, celle qui voit son autorité reconnue y laisse une part de son indépendance et celle qui a peu d'autorité bénéficie d'un surcroît d'indépendance.

A. Le fonctionnement

Le fonctionnement des agences repose d'abord sur leur conseil d'administration. Et déjà le seul examen de la composition de ceux-ci renseigne sur la différence de nature entre l'AESM et AESA. Le conseil d'administration, en ce qui concerne l'AESM, regroupe un représentant de chaque Etat, quatre représentants de la Commission et quatre représentants des secteurs professionnels les plus concernés, nommés par la Commission et ne disposant pas du droit de vote (cela évite les conflits d'intérêt). Pour l'AESA, siègent un représentant de chaque Etat membre et un pour la Commission. Ces structures appellent divers commentaires. D'abord elles reflètent l'idée suivant laquelle la composition doit révéler le pouvoir exécutif pour qui elle agit. La nomination ne dépend pas de la seule Commission : les agences ne sont donc pas ses créatures. Ensuite le caractère plus ramassé de l'AESA traduit la claire intention d'en faire une structure plus centralisée. Enfin, des regrets peuvent être formulés à propos du choix de la majorité des deux tiers pour décider. Cela n'est pas gage d'indépendance et peut nuire à l'efficacité.

Le Conseil d'administration exerce une mission de surveillance. Il en va ainsi, en premier lieu, avec le programme de l'agence. Il s'agit d'un document de première importance car le cadrage de l'activité de l'organe subsidiaire en dépend. C'est pourquoi se pose la question de l'autonomie avec laquelle il s'élabore. On observe ainsi qu'il n'est pas soumis à l'approbation préalable de la Commission, comme cela a pu être souhaité par celle-ci. L'AESA réceptionne son avis. Mais l'AESM tient compte de l'avis... La différence n'est pas anecdotique. L'agence transport maritime reste une agence d'assistance et à ce titre la Commission doit être à même de s'assurer que le programme de travail correspond aux missions qu'elle s'est assignées. On peut d'ailleurs s'étonner que le texte ne soit pas plus ferme, en prévoyant une approbation préalable de la Commission. Le législateur, plutôt que cette forme de tutelle, a préféré une sorte de procédure d'appel, par laquelle la Commission peut exprimer son désaccord et ainsi susciter une deuxième lecture. Au cours de cette dernière, le programme pour être adopté doit être voté par les représentants de la Commission ou à l'unanimité des représentants des Etats.

Toujours au titre de la surveillance, le directeur exécutif est nommé par le Conseil d'administration à la majorité des trois quarts pour l'AESA avec un mandat de cinq ans renouvelable sur proposition de la Commission. Il est « totalement indépendant dans l'exercice de ses fonctions ». Il en va de même du directeur de l'AESM. Mais ce dernier peut être choisi en dehors de toute proposition de la Commission. Cette différence de procédure s'interprète par le fait que le surcroît d'autorité conféré au directeur aérien est contrebalancé par une emprise plus forte de la Commission sur sa nomination. De même, le fait qu'il soit nommé à la majorité des quatre cinquièmes au sein de l'AESA montre que la Commission souhaite éviter qu'il ne soit investi par les seuls représentants des Etats. Mais son emprise sur la procédure reste moindre, parce que son autorité demeure moindre elle aussi. Il en va de même pour la révocation ; inévitablement sur proposition de la Commission en ce qui concerne l'AESA, elle appartient au seul Conseil d'administration de l'AESM. En somme, ici encore se retrouve la différence de nature entre les deux agences. Le choix du directeur d'une agence de régulation qui décide comme l'AESA ne peut être remis à la discrétion des membres de l'agence. Toutefois, le règlement reste en de? de la position exprimée par la communication du 23 janvier 2002 sur l'encadrement des agences de régulation, d'après laquelle la Commission devait choisir sur la base d'une liste proposée par le Conseil d'administration.

Pour que les décisions soient libres de toute interférence politique, en matière aérienne, elles relèvent du directeur exécutif. C'est ainsi qu'il décide des inspections. Le modèle américain est repris. En outre, il y a ici un gage d'efficacité au sens où la décision est soustraite aux trop longues négociations interétatiques qui comportent le risque d'être contre-productives. Sur ce point les deux agences diffèrent profondément. Le directeur de l'AESM reste lié au Conseil d'administration. Le seul exemple des visites l'atteste ; ces dernières doivent avoir été programmées en C.A., et la Commission doit avoir été consultée avant que le directeur exécutif ne décide de leur mise en œuvre. Mais cela ne doit pas faire oublier que celui des deux qui assume sa fonction de la manière la plus indépendante est aussi le plus dépendant de la Commission eu égard à la procédure de nomination qui est la sienne...

Enfin, on reste un peu interloqué par la manière avec laquelle la configuration actuelle des deux agences a été acquise. Elle forme en effet l'aboutissement empirique d'un marchandage aux contours mal définis. Tant et si bien qu'il apparaît au bout du compte difficile d'identifier l'une et l'autre par sa structure. En effet, en imaginant l'observation de leur administration sans que soit connue auparavant leur mission, il paraît impossible de dire qui et qui. Cette simple observation invite donc à plaider un minimum de codification du recours aux agences de régulation technique, par exemple par l'entremise d'un règlement-cadre.

B. Les contrôles

En ce qui concerne la Commission, parler de contrôle n'est pas représentatif de la réalité. Evoquer la tutelle est en revanche excessif. La Commission est normalement présente, par ses membres qu'elle nomme, par les avis qui sont les siens au regard de certains actes, etc. Une relation d'équilibre s'instaure sans toutefois qu'on sache exactement par quels leviers. Un certain flou règne encore sur la manière dont la nature de la fonction confiée à l'agence influe sur la nature des relations qu'elle entretient avec la Commission. Des hésitations planent sur les mécanismes de l'indépendance. Doit-elle être plus marquée pour l'AESA, car elle assiste ? Ou au contraire, doit-elle être moins prononcée pour l'AESM faute de pouvoir décisionnel ? L'examen des deux agences ne fournit pas de réponse tranchée à ces interrogations. Cela incite à appeler à l'élaboration d'une doctrine des relations entre la Commission et ses agences selon les tâches et les moyens dévolus à ces dernières. Il relèverait de la sécurité juridique qu'on puisse répondre sans doute à la question « dis-moi quelle est ta mission et quels sont tes pouvoirs, je te dirai quelles sont tes relations avec la Commission » !... Encore une fois l'appel au règlement-cadre est réel.

La proximité de la Commission explique que ces agences échappent au contrôle parlementaire. Contrairement à ce qui a été un temps envisagé pour l'AESA, le Parlement n'est pas associé à la désignation des membres du Conseil d'administration. Cela aurait induit un empiètement du co-législateur dans le champ du pouvoir exécutif ; ce qui n'est pas satisfaisant au regard du principe d'équilibre institutionnel. Sur la base de ce dernier, il appert en effet que le Parlement européen doit être libre d'exercer un contrôle politique externalisé, qui serait vraisemblablement bridé, s'il participait à la formation de l'organe subsidiaire en cause. Mais les moyens restent à cet effet limités. Par exemple en ce qui concerne l'AESA, il peut simplement inviter le directeur exécutif à faire rapport sur l'exécution de ses tâches.

Mais c'est le contrôle par les canaux contentieux qui paraît le mieux borné, en ce qui concerne l'AESA en tout cas. Comme seules les décisions prises par l'agence aérienne sont susceptibles de porter grief à des tiers, des chambres de recours sont mises en place au bénéfice des personnes physiques ou morales. La formule est connue. Elle existe notamment pour l'OHMI. Les chambres relèvent de la structure interne de l'AESA. Elles exercent un premier contrôle indépendant du directeur. Cette préoccupation explique la manière avec laquelle les membres sont sélectionnés et désignés. C'est en effet la Commission qui dresse une liste de personnalités compétentes, à partir de laquelle le Conseil d'administration fait un choix.

Le champ d'action est limité aux décisions de certification de type, à celles se rapportant aux enquêtes dans les entreprises, ainsi que celles relatives au paiement de redevances. L'intérêt à agir est entendu extensivement : « Toute personne physique ou morale... contre une décision qui lui est adressée, ou contre une décision qui, bien qu'adressée à une autre personne, la concerne directement et individuellement ». Si l'AESA le décide, le recours peut être suspensif. Il peut s'engager par une phase « gracieuse » : procédure de la « réformation préjudicielle ». Dans ces cadre, la chambre de recours substitue sa décision à celle qui est contestée ou renvoie l'affaire à l'organe compétent de l'agence. Au final, au nom du respect du principe de légalité, la décision est susceptible d'un recours en annulation devant la CICE et son « indécision » d'un recours en carence. En tout état de cause, toute décision de l'agence est susceptible de recours direct auprès de la Cour de Justice, s'il est introduit par un Etat membre ou une institution de la Communauté.

Enfin, les agences assument les responsabilités juridiques des actes qui leur sont imputables. Elles réparent les dommages qui peuvent être ainsi causés. Ici aucune différence ne sépare l'AESM et l'AESA. L'article pertinent est libellé dans des termes quasi identiques. C'est l'exception qui confirme la règle. Car par ailleurs, il est impossible de dégager un socle commun consistant aux deux agences transport. Et l'état actuel de la proposition ferroviaire nous promet une troisième version... L'hétérogénéité du droit quant aux agences « sécurité et transport » augure mal d'un éventuel régime commun des agences de régulation qui paraît au vu de cet exemple encore chimérique.

En tout état de cause, l'exemplarité de la forme de la décentralisation choisie provient à l'évidence du degré différencié d'indépendance entre les deux « organismes de la Communauté ». L'AESM qui conseille, analyse et évalue apparaît dans sa forme plus autonome que l'AESA qui elle pourtant décide. La tutelle de la Commission est donc proportionnelle à la marge laissée aux autorités de régulation pour mener leur action. Lorsqu'il y a indépendance il n'y a pas autorité, et lorsqu'il y a autorité, il n'y a pas indépendance. Sur cette base, une chose est sûre, ni l'AESM ni AESA ne sont des autorités indépendantes...

III.i – « Arguments et conditions pour une autorité européenne de l'électricité et du gaz »

*par Antoine-Tristan Mocilnikar
Ingénieur en Chef des Mines,
Président du Groupe Energie de la Fondation Concorde*

L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz en Europe est très avancée. Pour autant, au niveau européen, ce marché reste fragmenté, la maille nationale restant très présente. Dans le cadre de la convergence entre le marché de l'électricité et de celui du gaz, qui deviennent donc un, apparaît également une problématique d'iniquité liée à des caractéristiques d'asymétrie d'ouverture d'un marché par rapport à l'autre avantagant ainsi les sociétés multi-énergies plus implantées dans l'un que dans l'autre. Ce marché peut donc encore être approfondi et unifié très substantiellement. Les possibilités sont telles que les autorités européennes de la concurrence interviennent substantiellement pour ouvrir ces marchés. La Commission, en particulier, utilise son droit de mise en oeuvre d'actions correctives dans le cadre des fusions et acquisitions. La création d'une autorité de régulation européenne sur les deux secteurs électricité et gaz est clairement un facteur positif allant dans ce sens. En examinant le cas américain, nous constaterons que la composante fédérale de la régulation peu présente au début de l'histoire de la régulation de l'électricité est devenue importante lors de ces vingt dernières années. Ce cas montre qu'une régulation mal calibrée ou trop peu présente au plan continental peut entraîner des sous-investissements dans les capacités de production ou de transport conduisant à des cas dramatiques comme ceux connus en Californie. Dans le cas du gaz, c'est bien sûr beaucoup plus intuitif puisque, en Europe, 60 % du gaz consommé traverse au moins une frontière – contre 9 % pour l'électricité -. Nous pourrions alors proposer les contours d'une autorité européenne de l'électricité respectant la subsidiarité et renforçant le marché de l'électricité et du gaz. Dans ses versions les plus modestes, elle ne nécessiterait pas une modification des traités.

1 Les prémisses d'un marché européen de l'électricité et du gaz

1.1 Les directives concernant l'électricité et le gaz permettent une large ouverture des marchés correspondants

Le marché européen de l'électricité a été lancé avec la directive 96/92 EC (de 1996) et celui du gaz par la directive 98/30 EC (de 1998)¹. Le transport a été découplé (unbundling) du reste du secteur, à savoir la production et la distribution. Des producteurs indépendants, de nombreuses bourses, des traders apparaissent. En parallèle, des entreprises du secteur s'europanisent et l'on voit de spectaculaires regroupements de sociétés, notamment autour du concept de la convergence des marchés de l'électricité et du gaz naturel. Excepté l'Allemagne, tous les pays se sont dotés d'une autorité de régulation. A l'échelon européen, ces directives fixent un certain niveau de compétition au niveau des Etats et commencent à approfondir le marché transfrontalier. Le cœur de l'approche de l'Union européenne pour créer un véritable marché unifié de l'électricité et du gaz est de « libérer » le marché et de l'« harmoniser ». Le Conseil des ministres « Énergie » de février 2003 est parvenu à une position commune pour renforcer cette dynamique. Les clients non résidentiels seront libres de choisir leur

¹Elles devaient être mises en oeuvre respectivement en février 1999 et en août 2000. ces dates sont à comparer à celles de la plupart des autres secteurs de l'économie dont l'ouverture de marché s'est faite en 1992, dans le cadre d'un objectif défini en 1985.

fournisseur de gaz et d'électricité au 1er juillet 2004 au plus tard. Tous les clients auront cette possibilité au 1er juillet 2007.

1.2 Une régulation encore fragile des problématiques continentales des marchés de l'électricité et du gaz

Aujourd'hui, la régulation de l'électricité et du gaz est laissée aux Etats membres mais est soumise à une coordination de l'Union européenne et à l'application des règles communautaires concernant le marché intérieur et la concurrence. La Commission européenne a ainsi pris l'initiative de créer le Forum de réglementation de l'électricité de Florence (EERF : European Electricity Regulation Forum), en 1998, et le Forum de réglementation du gaz de Madrid (EGRF : European Gas Regulation Forum), en 1999. Ces deux forums sont présidés par la Commission, se réunissent deux fois par an, et rassemblent les représentants des États membres, les autorités nationales de réglementation, la Commission européenne, les gestionnaires de réseaux de transport (GRT)², les fournisseurs et négociants, les consommateurs, les utilisateurs de réseaux, et les bourses de gaz et électricité (les stakeholders). La première étape a été, sous son impulsion, la création d'une entité représentant les gestionnaires de réseaux de transport. C'est ainsi qu'a été créée, pour l'électricité, en 1999, l'association européenne des gestionnaires de réseaux de transport (ETSO : European Transmission System Operators) qui est un organisme tout à fait nouveau et distinct des autres associations ou groupements du secteur de l'électricité³. En ce qui concerne le gaz, un groupement de gestionnaires de réseaux de transport (GTE : Gas Transmission Europe) a été créé durant l'été 2000.

En parallèle, de leur propre initiative, les régulateurs nationaux des secteurs du gaz et de l'électricité ont créé le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (CEER : Council of European Energy Regulators), en mars 2000⁴. Le protocole d'accord sur lequel repose ce conseil se fixe clairement comme objectifs « d'établir un cadre de discussion sur les questions réglementaires et d'échanges d'expériences » et de « fournir les éléments nécessaires à l'élaboration de la réglementation dans les domaines de l'électricité et du gaz ». Début juin 2003, ce Conseil, avant informel, est devenu une personne morale, par le biais du statut d'association de droit belge. Il assure un dialogue avec la direction générale de l'énergie et des transports de la Commission (DGTREN). Le CEER centre ses travaux sur les échanges internationaux et participe activement au processus réglementaire développé au sein des forums de Florence et de Madrid. Le CEER dialogue avec les autorités réglementaires des pays nouvellement adhérents à l'Union européenne ainsi qu'avec celles des Etats-Unis et du Canada.

²Il faut noter la présence de six GRT en Allemagne.

³ETSO coexiste avec l'UPE, association successeur de l'Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Electricité, fondée en 1951, qui elle-même coexiste avec des associations à maille infra-européenne telles que Nordel, Centrel, Sudel, l'UFIPTE franco-ibérique.

⁴ Il faut noter que l'Allemagne n'est pas représentée au CEER du fait de l'absence de régulateur indépendant, le CEER réunit 14 régulateurs de l'UE ainsi que celui de la Norvège, membre de l'Espace économique européen.

Le forum de Florence fonctionne sur les principes de la participation volontaire et du consensus. Il ne peut donc créer aucune norme et encore moins imposer une. Il est alimenté principalement par les régulateurs et les GRT. Si un consensus s'établit, dans leurs pays respectifs les autorités responsables peuvent essayer de mettre en place les décisions correspondantes. Les principaux points d'avancée sont de nature non réglementaire comme la tarification des échanges transfrontaliers⁵, l'harmonisation des tarifs⁶ et la mise en place d'éléments de gestion des congestions⁷. Les limites de cette formule sont ainsi apparues lorsqu'il s'est agi de prendre des décisions sur des questions controversées. La recherche du consensus trouve rapidement ses limites face à des enjeux sensibles. Des dissensions sont par exemple apparues sur la fixation des tarifs d'accès aux échanges transfrontaliers. C'est pourquoi la Commission a présenté, en mars 2001, une proposition de règlement relatif aux échanges transfrontaliers d'électricité, voté par le Conseil le 17 juin 2003, instituant un Comité de l'électricité établi dans le cadre du dispositif de comitologie⁸ pour traiter des questions examinées dans le cadre du forum de Florence.

1.3 Il faut souligner l'impact notable de l'application des règles de concurrence rendant parfois floues les frontières entre régulation et droit de la concurrence

Le rôle de l'application des règles de concurrence doit être souligné dans le cadre du marché de l'électricité. En effet, sur ce marché, la Commission est particulièrement pro-active dans l'application de ces règles. C'est bien de là que proviennent actuellement les principales avancées en terme d'ouverture effective des marchés. La Commission, en particulier, utilise son droit de mise en oeuvre d'actions correctives dans le cadre des fusions et acquisitions. Elle a ainsi obligé EdF à mettre aux enchères une partie de sa production française⁹ suite à la prise de participation d'EdF dans EnBW. La politique de concurrence en dehors des fusions peut également être substantiel. Elle se préoccupe notamment de l'allocation des capacités d'interconnexion afin de veiller à ce que les méthodes d'allocation permettent le libre accès aux réseaux domestiques via les interconnexions et qu'elles encouragent la construction de nouvelles infrastructures. Le droit de la concurrence fixe les principes (transparence, non-discrimination) que doivent respecter les tarifs quelle que soit la méthode d'allocation retenue (rationnement au *pro-rata*, mise aux enchères, premier arrivé - premier servi). Les contrats de réservations de long terme sur les interconnexions entre les anciens monopoles historiques font également l'objet de la vigilance de la Commission. Sous la menace d'une procédure d'enquête, E.ON (Allemagne), Statkraft (Norvège) et

⁵ En 2002, puis en 2003, un tarif des échanges entre pays a été mis en place. Il consiste à utiliser un mécanisme de compensation entre GRD plutôt que d'un prélèvement sur les échanges à chaque frontière.

⁶ Un effort d'harmonisation des conditions d'accès au réseau et des mécanismes de prix est engagé, mais reste embryonnaire.

⁷ En ce qui concerne la congestion, un mécanisme de gestion a été esquissé :

- • Réduction progressive de la réservation des lignes congestionnées par des contrats long terme
- • Principe use-it-or-lose-it
- • Généralisation de la collaboration entre GRD
- • Paiements effectués si et seulement s'il y a congestion effective
- • Prix basé sur les volumes
- • Toutes les capacités d'interconnexions non utilisées mise sur le marché sans discrimination et avec contrôle des comportements de marché pour empêcher l'abus de position dominante

⁸ En réponse aux besoins pratiques de coordination apparus ces dernières années, la Commission a pris l'initiative de susciter, en les encadrant, des groupements d'acteurs, afin d'une part de disposer d'instruments de coordination et d'influence pour expliquer et relayer la politique de l'Union européenne, d'autre part de constituer des réservoirs d'expertise pour pallier l'insuffisance technique de ses propres capacités.

⁹ 1200 MW en septembre 2001, 6000 MW prévus sous trois ans.

Elsam (Danemark) ont ainsi accepté de libérer des capacités sur les principaux câbles reliant les réseaux électriques des pays scandinaves à l'Allemagne.

2 De nombreux obstacles à la constitution d'un marché unifié de l'électricité et du gaz sont encore présents

Malgré le fait que de nombreux Etats soient allés plus loin que la directive, jusqu'à présent le marché européen de l'électricité est resté largement fragmenté avec des barrières à l'entrée substantielle sur certains marchés¹⁰. Ce ne sont pas des éléments anodins. D'un côté, pour contourner ce fait, les entreprises ont dû procéder principalement par fusions et acquisitions. D'un autre, on peut constater que les niveaux de prix de transports de part l'Europe sont encore très différents. Une partie s'explique légitimement par des différences physique et géographique des réseaux de transport. Une autre s'explique par des régulations différentes. Cette partie ne peut que donc nous faire nous interroger sur la possibilité de baisse des coûts. La structure des tarifs est également très différente réduisant donc d'autant la fluidité sur le marché.

2.1 Même un marché plutôt local comme celui de l'électricité s'inscrit dans des problématiques continentales

Dans le domaine des secteurs en réseaux, il existe des logiques géographiques très contrastées. Dans le domaine de l'électricité, nous sommes dans un système hybride. En effet, d'un côté, on sait qu'en moyenne, l'électricité ne parcourt entre une centrale et son utilisateur que 70 km. On comprend donc que la régulation est locale d'abord, de la municipalité dans le Nord de l'Europe, à la Nation en France ou à l'Etat aux Etats-Unis. Cependant, plusieurs problématiques correspondent à une maille plus large. D'abord, il est fréquent que l'électricité transite par l'Allemagne, la Suisse et l'Autriche, pour passer de France vers l'Italie. Ces importations sont stratégiques au point, d'être intégrées, pour la plupart des pays européens, en dehors de la France, dans leur plan de fourniture d'électricité. Ensuite, le service public de l'électricité implique des contraintes spatiales larges. Par exemple, les distributeurs doivent mettre en place une certaine péréquation. Cela peut créer des déséquilibres, car la demande peut réagir trop faiblement lors d'une éventuelle saturation de l'offre. A un tel moment, pouvoir mobiliser des capacités supplémentaires même à longue distance devient crucial ce qui nécessite des interconnexions internationales développées alors que c'est insuffisamment le cas de part le monde. La fluidité des marchés de l'électricité dorénavant ouverts sera également renforcée par un jeu d'interconnexions suffisant. Aussi, la régulation de l'électricité ne peut être uniquement locale. Dans son extension la plus large, une régulation au niveau européen, n'égaliserait pas uniquement les termes du jeu d'un pays à l'autre, mais permettrait également un meilleur jeu entre pays. Avec, le transport du gaz, on passe une étape supplémentaire. La maille pertinente du transport du gaz, provenant essentiellement de Mer du nord, du Maghreb ou de CEI, correspond encore plus au continent. Le marché est profondément international, car en Europe, 60 % du gaz consommé traverse au moins une frontière.

¹⁰ Voir par exemple, CEPS (2003), "Rethinking the EU regulatory strategy for the internal energy market, Prospectus for a CEPS Task Force, A project of the CEPS Programme on Energy, Environment and Climate Change, 23 January 2003.

2.2 Un manque de capacité dans les interconnexions transfrontalières explique en partie la fragmentation du marché de l'électricité et du gaz

Les interconnexions transnationales au niveau européen sont clairement insuffisantes. Par exemple, au Royaume-Uni, les possibilités d'interconnexions ne représentent que 3,5 % de la puissance de pointe. Pour la péninsule ibérique, les possibilités sont encore plus basses, à 2,8 %, et pour la zone scandinave, elles sont de 3,4 %. Ces chiffres doivent être comparés à la quantité d'électricité exportée qui est de 9 %, à l'échelon européen. Un pays central comme l'Italie, ayant un grave problème de sous-capacité qui a induit un black-out, le 23 juin 2003, ne dispose que d'un niveau de 11 %. Ainsi, il n'est pas surprenant de constater que les interconnexions entre l'Italie d'une part, la France l'Autriche ou la Suisse de l'autre sont toujours congestionnées. Les interconnexions entre la France, et l'Espagne, la Belgique, l'Allemagne et le Royaume-Uni le sont fréquemment. Améliorer les capacités de connexion physique, permettrait de réduire les congestions présentes et de généraliser les interconnexions entre pays.

Les autorités de régulations européennes l'ont d'ailleurs elles-mêmes noté. A la huitième rencontre de l'EERF, en 2002, le CEER a déclaré¹¹ qu'il fallait considérer l'idée de mettre en place un arrangement institutionnel plus permanent afin de formaliser la collaboration et la co-ordination entre les régulateurs, la Commission, et les stakeholders concernés. D'autres, comme l'European Federation of Energy Traders¹² pointent également du doigt les faiblesses de cette organisation du marché. Elle estime notamment qu'une meilleure gestion et meilleure régulation des interconnexions permettraient de mieux identifier les capacités de transport disponibles à un moment donné, donc de mieux les utiliser.

La situation est encore plus aiguë dans le secteur du gaz. Aujourd'hui le sourcing en Europe est contrôlé par les acteurs peu nombreux de l'oligopole gazier et les sites de production sont éloignés, ce qui constitue des barrières physiques importantes. Les contrats existants des gaziers saturent (ou sont sensés saturer) les capacités aux points d'accès ainsi que les capacités de transport. Les hubs (essentiellement Zeebrugge, seul hub véritablement actif en Europe continentale) sont des places de marché aujourd'hui accessibles mais les accès entrants et sortants sont encore largement contrôlés par les opérateurs historiques.

La problématique est d'autant plus forte que l'on assiste à une convergence entre le marché de l'électricité et du gaz. L'offre duale (électricité et gaz) est un vecteur privilégié de pénétration du marché. Aussi, des éventuels retards sur l'ouverture du marché du gaz, ne constitue pas seulement un handicap pour les nouveaux entrants sur le marché du gaz mais aussi pour les opérateurs historiques sur le marché de l'électricité et les nouveaux entrants sur ce même marché.

¹¹ Eighth Meeting of the European Electricity Regulatory Forum Florence 21-22 February 2002.

¹² EFET recommendations for objective quantification and allocation of continental European cross border power transmission capacity, avril 2003.

2.3 Jusqu'à présent l'effort principal pour construire un marché unique de l'électricité et du gaz a été porté sur l'ouverture des marchés nationaux et l'accès transparent et non discriminatoire au réseau : cela ne suffit pas !

Un des raisons des difficultés rencontrées est sans doute que, jusqu'à présent, l'effort principal pour construire un marché de l'électricité a été porté sur l'ouverture des marchés et l'accès transparent et non discriminatoire au réseau. Pourtant, quatre autres considérations devraient être prises en compte :

- **L'harmonisation des conditions de marché** : l'hétérogénéité des règles freine les échanges. Sans même parler de l'absence d'homogénéité des politiques énergétiques et environnementales, il faut noter celle des systèmes de prélèvement et taxes, des interactions avec la libéralisation du marché du gaz, des règles commerciales, des définitions des services d'intérêt généraux
- **L'harmonisation des autorités de régulation** : il est intéressant de noter que la diversité dans les types de régulation reste forte aussi bien dans les champs de compétence (spécifique gaz et/ou électricité ou compétence transversale), l'organisation (centralisée/décentralisée), les modalités d'intervention (ex ante/ex post), les pouvoirs et l'indépendance réelle par rapport aux gouvernements.
- **Amélioration de l'organisation des marchés**. Il existe une succession de bourses de l'électricité basées sur le principe d'enchères quotidiennes pour le jour suivant. D'un côté, de manière très ambitieuse, il pourrait être envisagé de mettre en place une seule bourse. D'un autre, de manière plus pragmatique, il pourrait être envisagé de mettre en place un système à deux étages. Une bourse européenne nouvelle serait chargée avec deux jours de préavis, de gérer le marché des transferts transfrontaliers. Le lendemain dans les marchés locaux, seuls les transferts transfrontalier ayant été autorisé la veille pourrait concourir. Une autre piste d'amélioration consiste à généraliser la mise en place de marché forward. L'importance considérable que prennent ces questions de marchés fait qu'elles ne peuvent pas ne pas être prises en compte par les régulateurs, même si en générale, ils n'en font pas la régulation proprement dite.
- **Développement des marchés**. Dans le cas du gaz, la plupart des volumes de gaz sont déjà pré-emptés, se pose alors la question des cessions de contrats long terme (gas release) par les opérateurs historiques, comme en Italie, au Royaume Uni ou en Espagne, incluant les contrats ou les droits d'acheminement associés (point d'entrée inclus). Se pose de même la question de la libération de capacités réservées mais non utilisées.
- **La mise en place de mécanisme permettant l'investissement dans les infrastructures de transport**. Le système de compensation transfrontalier est vraisemblablement un mécanisme bien imparfait pour produire les signaux suffisants à la prise de décision d'investissement de long terme. Pour ce qui est des interconnexions, des mécanismes de marché doivent indiquer les besoins d'investissement supplémentaires. Se pose alors la question de la création et de la régulation des lignes interconnexions nouvelles que des opérateurs indépendants (non GRD) pourraient construire. Elles seraient clairement soumises à un risque plus important puisque leur intérêt provient de l'existence de congestion qu'elles ont justement pour objet de réduire. Il faudrait donc imaginer un mécanisme de tarification spécifique permettant un meilleur taux de retour sur investissement. Pour les GRD, il faudrait alors sans doute envisager des compensations auprès des opérateurs historiques (notion de coûts échoués ou stranded costs). Un mécanisme d'appel d'offre pan-européen pourrait également être imaginé. Se pose également la question de la place prépondérante actuellement des contrats bilatéraux qui

préempte une grande partie des capacités d'interconnexion. Finalement, l'unbundling indispensable entre les compagnies électriques et les GRT afin de rendre les conditions du transport transparentes, poussée trop loin peut exclure les compagnies électriques de ces investissements. Cela peut être dommageable car pour des raisons de diversification des risques, elles peuvent être les premières candidates dans ce domaine qui ne voit pas beaucoup d'autres acteurs intéressés à investir. La question du transit du gaz se pose dans des termes similaires.

3 Accélérer la création d'un marché unifié de l'électricité et du gaz en Europe par la mise en place d'une autorité de régulation de l'électricité et du gaz

Afin de renforcer le marché européen de l'électricité, l'Union européenne pourrait se doter d'une agence européenne de régulation. Cette construction peut s'opérer selon deux axes. Le premier est d'améliorer encore la fluidité du marché au jour le jour. Le second est de mettre en place de véritable outil de gestion à long terme des infrastructures pan-européenne. Le dernier est de prévenir les crises liées aux déséquilibres entre offre et demande. Dans ce cas, le régulateur doit tenir compte de l'environnement et de l'intérêt des consommateurs, mais son rôle est aussi d'éviter les incitations à ne pas investir.

3.1 Prendre en compte l'acquis

L'histoire de la régulation montre qu'elle s'est bâtie en fonction de la perception qu'avaient les différents acteurs d'un secteur des difficultés inhérentes à ses activités, également en fonction de l'existence de crises éventuelles et finalement en fonction des grandes évolutions de la société – contrôles renforcés des trusts, cartels et monopoles, dans la première moitié du vingtième siècle puis ouverture des marchés depuis une trentaine d'années, avec une accélération très forte ces dix dernières années -. Aussi, déterminer les priorités pour la régulation européenne dans l'électricité et le gaz doit prendre en compte l'acquis institutionnel à chaque échelon, les faiblesses éventuelles dans les secteurs concernés afin de mettre en place des mécanismes évitant les crises inacceptables et inacceptées comme celles connues dans le secteur de l'électricité en Californie. Il faut également prendre en compte le fait que l'objet de la régulation englobe deux aspects de nature différente : mettre en place, dans un champ de services définissant un secteur, un encadrement d'une première série de services dits services publics ou services d'intérêt généraux et réglementer les prix d'une seconde série constituée de monopoles naturels. Ces deux séries peuvent bien-sûr avoir une intersection non nulle et une union plus petite que l'ensemble des secteurs de l'électricité et du gaz.

Ces quelques éléments montrent le lien entre logiques économiques ou techniques et organisation de la régulation. Il est bien évident, que ce ne sont pas seulement les dires d'experts qui contribueront à définir les frontières de la régulation européenne, mais également les intérêts économiques et le point de vue des citoyens et de leurs représentants.

3.2 Les charges de service public doivent rester du domaine national

En ce qui concerne les charges de service public, la plupart doivent rester du domaine national, comme le service universel, la continuité de la fourniture et la qualité de service. Cependant certaines logiques au croisement des services publics et de la politique environnementale peuvent avoir une dimension européenne. En particulier, les obligations vis à vis des énergies renouvelables, de la cogénération, de la maîtrise de l'énergie sont variables d'un pays à l'autre. La mise en place de certificat vert (pour les renouvelables) et blanc (pour la maîtrise de l'énergie), au niveau européen pourrait être très efficace¹³.

3.3 Les contours d'une autorité européenne de régulation de l'électricité et du gaz

Une approche pragmatique pour définir les contours de l'autorité de régulation européenne de l'électricité consiste à laisser aux autorités nationales leurs compétences actuelles et de rassembler au sein de l'autorité européenne, les fonctions des institutions européennes déjà existantes, les éléments de régulation trop peu développés. Nous proposons de ne pas mettre d'éléments ayant trait à la politique énergétique dans un premier temps, car l'exemple fédéral américain montre qu'il en est possible et surtout car la politique européenne de l'énergie en est encore à ses balbutiements.

Dans cette enveloppe maximale, la création d'une telle autorité européenne de la régulation de l'électricité et du gaz nécessiterait vraisemblablement une révision du traité. En effet, le Conseil ou la Commission peut déléguer une partie de leur pouvoir à des organismes tiers. Mais cette possibilité a été très encadrée. Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour que seules les délégations qui portent sur une compétence liée, et donc non discrétionnaire, sont admissibles au regard du droit communautaire. De plus la cour a jugé que « pareilles délégations ne peuvent porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis, et entièrement contrôlés, dans l'usage qui en est fait ». Il en résulte également qu'il n'est pas possible de permettre à des agences européennes de réguler des actes revêtant un caractère normatif. Ces points ne correspondent cependant qu'à l'extension maximale de ce que peut faire une autorité de régulation européenne fonctionnant pleinement dans le cadre de la subsidiarité. Aussi, nous considérons qu'il est possible de créer dès à présent une agence européenne de régulation de l'électricité et du gaz avec un champ de compétence restreint qui pourrait ensuite être élargi lors d'une révision du traité. Inversement, on pourrait bien évidemment aller plus loin encore, en obligeant les autorités nationales à rendre compte à l'autorité européenne devenant leur véritable tutelle. Cet agencement formidable ressemblerait alors au système des banques centrales européennes.

¹³ D'autres éléments sont à prendre en compte. Depuis 2001, un dialogue est entamé avec la Russie au sujet de l'électricité. Il est centré sur la question des interconnexions. Clairement, il faudrait l'élargir à toutes les questions du marché de l'électricité.

Les principales actions d'une autorité européenne de la régulation de l'électricité et du gaz seraient alors :

- Suivi du secteur
 1. Conditions d'opérations du marché
 2. Entreprises
 3. Equilibre offre/demande à court et long terme
- Incitation à la mise en place de nouveaux mécanismes
 4. Régulation des échanges transfrontaliers de gaz et d'électricité (interconnexions, accès transparents et non discriminatoires aux points d'entrée du gaz et accès aux centres de stockage permettant la modulation de la distribution du gaz (physiques ou virtuels).
 5. Mécanismes rendant le marché plus fluide et plus stable : cela peut être le cas des marchés forward ainsi que leur couplage et uniformisation mais cela peut être également la libération de capacités gazières réservées mais non utilisées ou les cessions de contrats long terme (gas release) par les opérateurs historiques, comme en Italie, au Royaume Uni ou en Espagne, incluant les contrats ou les droits d'acheminement associés (point d'entrée inclus),
 6. Instruments promouvant les investissements de réseaux de transport électrique et gazier, d'interconnexions et de terminaux gaziers
 7. Incitation à la mise en place de marchés de maîtrise de la demande et d'obligation de production d'énergie renouvelable
 8. Prise en compte accrue des stakeholders, le public en particulier
- Coordination
 9. Incitation à l'harmonisation des conditions de marché et des autorités de régulation d'un pays à l'autre
 10. Préside et accueil le forum de Florence.
 11. Coordonne les relations entre les autorités de régulation nationales. Elle identifie avec elles les éventuels non-respects des directives. Elle engage seul les éventuels recours pour non-respects des directives.
 12. Relations avec le Sud et l'Est de l'Union
- Réglementation des charges liées aux services d'intérêts généraux
 13. Compensation des surcoûts liés à l'accomplissement des missions d'intérêt général et aides d'Etat
 14. Gestion des coûts échoués, par exemple en cas d'apparition d'acteurs non régulés (cas des interconnexions par exemple ou des contrats long terme gaziers)

ANNEXE

Le cas nord-américain montre que malgré l'existence d'une régulation de niveau local puissante, un échelon fédéral a été jugé indispensable suite à différentes crises et afin d'optimiser le marché fédéral

L'analyse de l'histoire de la régulation américaine, montre que la régulation de l'électricité a évolué selon plusieurs axes. Très vite, la régulation locale est très substantielle. D'un autre, les structures fédérales s'y intéressent plus tardivement et relativement lentement, à partir du New Deal. Le biais sera celui du commerce entre Etats ou de gros et du transport, c'est à dire des sujets que les régulations d'Etats ne pouvaient traiter, le niveau fédéral complète le dispositif. Ensuite, à partir des années 1970, les problèmes nouveaux (maîtrise de l'énergie, énergies renouvelables, ouverture des marchés, suivi des capacités de transport) sont clairement traités directement par ce niveau fédéral. Il donne le ton et cherche l'harmonisation des règles locales. Les Etats suivent ou non, mais le cadre nouveau leur est imposé.

Naissance de la régulation énergétique au niveau local

Aux Etats-Unis, au début du 20^e siècle, ce que l'on appelle l'ère progressiste, la régulation électrique vit sa naissance¹⁴. En 1914, 43 Etats ont mis en place un dispositif de régulation. La régulation n'a donc d'existence qu'au niveau de l'Etat. Franklin Delano Roosevelt, en 1935, fit voter le Public Utility Holding Company Act (PUHCA) qui favorisa explicitement le schéma mono-Etat, en exemptant des rigueur de cette loi, les entreprises n'ayant une activité dans un seul Etat¹⁵. En 1935, fut également voté le Federal Power Act qui donna un pouvoir de régulation à la Federal Power Commission (FPC) en ce qui concerne les transactions de gros – c'est à dire entre deux opérateurs – et entre Etats. Elle devait

¹⁴ Aux Etats-Unis, le marché de l'électricité est apparu à la fin du XIX^e siècle dans une logique très compétitive. En général, dans chaque ville, différentes entreprises proposaient de fournir du courant continu à travers leurs réseaux locaux indépendants les uns des autres. Ce type de production, à l'opposé du courant alternatif, ne peut être transporté facilement. La mise au point, des générateurs à vapeur ainsi que des transports de courant alternatif changea la donne. Un investissement pouvait dorénavant être mieux valorisé. Mais, pour l'EPRI (Electric Power Research Institute), encore aujourd'hui, rien n'est définitif. En effet, le courant continu peut connaître une nouvelle vie, dans le cadre de micro-réseau dont la consommation principale proviendrait des matériels électroniques. Des pionniers comme Chicago Edison commencèrent à racheter de nombreux entreprises électriques. Dès 1907, elle a acquis 20 autres entreprises et se renomme Commonwealth Edison. Dès ce moment, avec d'autres holdings, elle se structure verticalement, développe le concept de « monopole naturel » en ce qui concerne le réseau de transport et de distribution et fait un lobbying et un effort de communication intense dessus.

¹⁵ Dans les années 1920, on observa d'un côté une vaste consolidation du secteur avec l'émergence de dix grands acteurs qui à eux seuls représentaient 75 % du marché. Ils échappaient donc en partie à la régulation des Etats. Par ailleurs, on observa une inflation des coûts due essentiellement due à des pratiques comptables liées à la structure capitalistique de cette activité – existence d'une cascade d'une dizaine de sociétés entre l'opérateur et l'entreprise mère -. En 1928, la Federal Trade Commission commença une investigation de six années en ce qui concerne les manipulations de marché éventuellement faites par ces entreprises. Ces entreprises furent en outre particulièrement affectée par la crise des marchés financiers de 1929. Franklin Delano Roosevelt, dans son adresse à l'Union de 1935, les qualifia d'« evil », puis fit voter, la même année, le Public Utility Holding Company Act (PUHCA) qui interdit certaines pratiques, obligea à la transparence. Aussi, de 1938 à 1958, le nombre de holding de l'électricité passe de 216 à 18.

s'assurer que les prix de l'électricité était "reasonable, nondiscriminatory and just to the consumer."¹⁶ En 1938, le Natural Gas Act (NGA), étend la compétence de la FPC au gaz – transport par pipelines et commerce de gros -¹⁷. En 1954, la Cour Suprême, dans l'arrêt Phillip, établit que les ventes de producteurs de gaz sur le marché inter-Etat sont du domaine de la régulation de la FPC.

Mise en place du North American Electric Reliability Council suite au black-out de New York, de 1965

Suite au black-out de New York, de 1965, en 1968, des forums régionaux d'électriciens, d'autorités publiques, de collectivités locales et de consommateurs furent mise en place – les [Régional Reliability Councils](#)¹⁸ – avec une structure chapeau nationale – la NERC ou North American Electric Reliability Council -.

Suite à la crise énergétique des années 1970, apparition de la concurrence et renforcement de la régulation au niveau fédéral afin de s'assurer d'une meilleure utilisation des ressources.

La crise énergétique des années 1970, remet le sujet de l'énergie au cœur de l'action publique notamment avec le Président Jimmy Carter. La politique publique de la demande ainsi que le développement de nouvelles sources d'énergie devinrent centrales avec le National Energy Act de 1978. Le Public Utility Regulatory Policies Act (PURPA) est le volet électricité de cet Act. Il lit concurrence et meilleur usage des ressources. Il permet à deux types d'acteurs d'entrer sur le marché de l'électricité (Qualifying Facilities ou QF) : les producteurs de cogénération (production d'électricité combinée à la production de chaleur ou de vapeur) et les producteurs indépendants qui utilisent des énergies renouvelables.

Un an auparavant, en 1977, la Federal Power Commission est remplacé par la Federal Energy Regulatory Commission (FERC). La FERC est indépendante, elle a des pouvoirs aussi bien législatifs, exécutifs et judiciaires. Ses décisions peuvent être contestées en justice. Le cœur de ses missions est lié au marché de gros. Le détail des compétences est donné dans le tableau suivant et comparé à celles des autorités de régulation locales.

¹⁶ Elle devient une autorité indépendante, avec 5 commissaires nommés par le Président, avec comme obligation que du même parti, ne pouvait provenir plus de 3 commissaires. La FPC existait depuis 1920 et son premier but était d'encourager la production hydroélectrique.

¹⁷ Le New Deal mit également en place, en 1933, la Tennessee Valley Authority (TVA) et en 1935, la Rural Electrification Association (REA), afin de rendre l'accès à l'électricité véritablement universel. A l'issue du New-Deal, on avait donc quatre types d'entreprises électriques : des entreprises privées dites investor-owned utilities (IOUs) ; des entreprises publiques propriété des mairies essentiellement et des coopératives essentiellement présente dans les régions rurales et des entités fédérales comme la TVA et la REA.

¹⁸ Ils sont au nombre de dix : –East Central Area Reliability Coordination Agreement, Electric Reliability Council of Texas, Florida Reliability Coordinating Council, Mid-Atlantic Area Council, Mid-Continent Area Power Pool, Mid-America Interconnected Network, Northeast Power Coordinating Council, Southeastern Electric Reliability Council, Southwest Power Pool, Western Systems Coordinating Council.

Grandes lignes des compétences des régulateurs de l'électricité et du gaz aux Etats-Unis

Régulation fédérale (FERC)	Régulation d'Etat (Public Utilities Commissions)
Electricité	
<ul style="list-style-type: none"> • Commerce entre Etat (tarifs, modalités et services) • Commerce international • Encadrement de la régulation au niveau des Etats • Marché de gros (prix et services : 239 utilities et 1934 producteurs indépendants) • Fusion, acquisition, création de compagnies électriques • Secteur hydroélectrique 	<ul style="list-style-type: none"> • Commerce Intra-Etat • Concession • Distributeurs (prix, services) • Transport intra-Etat • Capacité de productions hors hydraulique
Gaz	
<ul style="list-style-type: none"> • Pipelines (160) • Commerce entre Etat • Commerce international • Encadrement de la régulation au niveau des Etats • Marché de gros 	<ul style="list-style-type: none"> • Commerce Intra-Etat • Marché de détail • Distributeurs locaux (1 500)

Source : FERC

La montée en puissance de l'autorité fédérale facteur clé de l'évolution du marché de l'électricité et du gaz

Ensuite dans le cadre de la libéralisation de l'économie américaine, la FERC pris différentes initiatives afin d'ouvrir le réseau électrique à tous les producteurs pour mettre en place une « Interstate highway of electricity product ». En 1985, la FERC mis en oeuvre l'Order 436, obligeant les propriétaires de pipelines de gaz naturel à proposer de transport du gaz pour compte de tiers. En, 1992, par l'Order 636 la FERC rendit obligatoire le découplage, sur le marché du gaz, de la vente et du transport.

L'Energy Policy Act (EPACT) de 1992 à permis d'autoriser, à toutes entreprises, la production d'électricité. Il permis également de faire recours à la FERC afin d'obliger un gestionnaire de réseau à faire transiter de l'électricité. Afin de le renforcer, en 1996, la FERC mit en oeuvre l'Order 888 qui oblige, en toute généralité et automaticité, l'accès au réseau, pour le marché de gros, dans un cadre d'égalité de traitement. Par ailleurs, à partir de 1999, la FERC, avec l'Ordre 2000, sur une base volontaire a encouragé la création des RTO - Regional Transmission Organizations – qui sont des réseaux de transports indépendants des compagnies électriques et ont un territoire d'activité plus large que toute compagnie électrique¹⁹. Ils dépassent notamment les frontières d'un seul Etat. Ces entreprises procèdent de la fusion d'actifs externalisés. Les effets de ces efforts se sont fait sentir, puisque de 1996 à 2000 le volume du marché de gros a été multiplié par 10. L'EPACT permit également aux Etats d'ouvrir leur marché. En 1996, la Californie et le Rhode Island firent voter des lois permettant aux consommateurs de choisir leur fournisseur. Actuellement, la moitié des Etats a ouvert leurs marchés.

¹⁹ La FERC dorénavant se repose substantiellement sur les RTO pour effectuer son suivi du marché.

Les nouvelles ambitions de la régulation fédérale suite à la crise californienne

Finalement, suite à la crise de Californie, actuellement, les deux actions principales de la FERC sont de ralentir le décroissement d'investissements dans le secteur du transport de l'électricité et d'inciter les autorités de régulation d'Etat à imposer des mécanismes de marchés similaires afin de rendre plus fluide le marché. Pour ce dernier cas, la FERC a mis en place l'initiative Standardized Market Design (SMD), toujours en gestation. Elle propose les points suivants :

- Concentration des gestionnaires de transport indépendants (RTO) sur l'ensemble du territoire (pour passer de 10 à 4 RTO)
- Un unique format de service de transport et consolidation des tarifs
- Gestion uniforme, au niveau américain, des congestions avec un système de tarification au coût marginal du décongestionnement (LMP pour locational marginal cost based pricing)
- Création d'un marché secondaire de la congestion (CRR pour congestion revenue rights)
- Renforcement du suivi du marché avec la mise en place au sein de la FERC d'un Office of Market Oversight and Investigation.
- Renforcement du contrôle de la mise en place d'un niveau d'offre suffisant
- Incitation à la mise en place d'entités pluri-étatique ayant vocation à planifier les réseaux de transports.
- Incitation à la mise en place de marché forward et de contrats bilatéraux, en plus des marchés spots
- Incitation à la mise en place de marché de maîtrise de la demande.

Aussi, la philosophie de cette régulation de l'électricité est hybride. Des origines, elle garde une logique de contrôle des tarifs basés sur les coûts, de suivi de la situation financière des entreprises du secteur, sur le suivi et la planification indicative de la construction de réseaux de transport. De l'ère de libéralisation, elle insiste également sur l'ouverture des marchés et des capacités de transport, sur l'interdiction de la discrimination et sur la facilitation de l'entrée sur le marché.