

B. Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques

Les frontières du *soft law* européen à l'épreuve

Pierre-Olivier DE BROUX

Professeur invité aux Facultés universitaires Saint-Louis

Irène MATHY

Avocate

Chargée d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis

Assistante à l'Université libre de Bruxelles

La classification et l'examen des actes non contraignants au sein du droit de l'Union européenne ayant été menés ci-dessus par Nicolas de Sadeleer, le lecteur pourrait en déduire que la présente contribution se borne simplement à appliquer ce cadre conceptuel au domaine spécifique des communications électroniques. Telle n'est cependant pas l'ambition de notre étude. Il n'est pas douteux que le droit européen des communications électroniques comporte un grand nombre d'actes non contraignants, de la Commission ou d'autres organes de l'Union, qui répondent en tout point à la doctrine classique du *soft law* européen¹. Il ne nous a donc pas paru utile de répéter ici les analyses déjà savamment conduites ailleurs. Plus succinctement, nous entendons nous concentrer sur deux situations, qui, si elles ne sont pas

¹ Synthétisée par DE SADELEER (N.), « Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne », *supra*. L'ouvrage de référence est celui de SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, lequel fait référence aux instruments normatifs non contraignants, et donc au premier sens de la notion de *soft law* identifiée par Isabelle Hachez dans le cadre conceptuel du présent ouvrage (HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », R.I.E.J., 2010, vol. 65, p. 40). Voy. également SCHWARZE (J.), « *Soft Law* im Recht der Europäischen Union », *Europarecht*, 2011, p. 3-18; STEFAN (O.A.), « European competition *soft law* in european courts: a matter of hard principles? », *European Law Journal*, 2008, p. 753-772.

propres aux communications électroniques, y trouvent un lieu privilégié d'éclosion et d'essor.

La première catégorie d'actes non contraignants examinés provient principalement de la Commission européenne. Parmi les recommandations, avis, communications, lignes directrices et autres instruments de droit souple qu'elle est susceptible d'adopter, il est des cas où des normes européennes, de droit primaire ou de droit dérivé, prévoient expressément l'intervention de la Commission sous l'une de ces formes. C'est notamment le cas des directives relatives aux communications électroniques. Cet ancrage « mou » dans un cadre normatif « dur » n'a pas encore fait l'objet d'un examen très détaillé dans la doctrine, notamment pour savoir si un tel ancrage confère une force normative plus grande aux instruments de *soft law* concernés. Cet examen fait l'objet de notre point II.

La seconde catégorie d'actes examinés relève d'institutions européennes décentralisées, à savoir les organes européens de régulation. Ces derniers sont principalement apparus dans le cadre de la libéralisation des grands secteurs nationaux (transports, énergie, télécommunications...), qui a imposé la création d'autorités réglementaires nationales (A.R.N.), plus ou moins indépendantes des États et, à tout le moins, des entreprises publiques du secteur. La nécessité de se concerter entre A.R.N. a d'abord conduit à la création informelle d'organes européens de régulation. Dans le domaine des communications électroniques, cet organe a été officialisé et doté de diverses responsabilités en vue d'harmoniser la régulation européenne du secteur. La force normative des instruments adoptés par cet organe européen n'a pas davantage fait l'objet d'un examen doctrinal, malgré leur utilisation croissante par les acteurs nationaux. Nous tentons donc d'y remédier dans notre point III.

Pour bien comprendre cette double analyse, il nous a paru indispensable de dresser au préalable, dans notre chapitre I, un bref panorama du cadre réglementaire européen des communications électroniques. Cet aperçu donne les quelques clefs indispensables pour comprendre l'objet de la réglementation et le rôle respectif des institutions européennes, des A.R.N., des États membres et des opérateurs de télécommunications.

I. Brève introduction au droit européen des communications électroniques

L'Union européenne est devenue, au cours des vingt-cinq dernières années, l'acteur juridique majeur dans le domaine des télécommunications (terme traditionnellement associé aux activités de téléphonie et de transfert de données par voie électronique, en grande partie assuré par internet aujourd'hui), désormais élargi à l'ensemble des communications électroniques (expression utilisée pour désigner à la fois le secteur des télécommunications et celui de l'audiovisuel, depuis que les progrès techniques ont conduit à une parfaite interchangeabilité entre les infrastructures câblées, optiques ou hertziennes).

L'Union a relégué les diverses institutions internationales existantes² à un rôle de second rang, y compris sur le plan mondial. Le cadre réglementaire qu'elle a adopté en matière de communications électroniques est sans doute un des plus développés qui ait jamais été élaboré au niveau international. Il a été transposé dans les vingt-sept États membres et exerce une influence significative sur le droit d'autres pays comme sur le droit international des télécommunications³. Ce cadre réglementaire « dur » est composé d'une dizaine de directives, de règlements et de décisions⁴. L'objectif de cette réglementation, qui fait suite à un complexe processus de libéralisation des

² Notamment l'Union internationale des télécommunications (U.I.T.), l'Union européenne de radiodiffusion (U.E.R.) ou la Conférence européenne des postes et télécommunications (C.E.P.T.).

³ Voy., par exemple, l'analyse de LAROCHE (P.), « Dealing with convergence at the international level », in *The W.T.O. and Global Convergence in Telecommunications and Audio-visual Services*, GÉRARDIN (D.) et LUFF (D.) dir., Cambridge, New York, 2004, p. 409-421, à propos des relations entre les droits européen et américain et celui de l'O.M.C., en matière de télécommunications et de médias.

⁴ Directive 2002/21/C.E., du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre »), directive 2002/22/C.E., du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (« directive service universel »), directive 2002/20/C.E., du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (« directive autorisation »), directive 2002/19/C.E., du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (« directive accès »), décision n° 676/2002/C.E., du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, toutes publiées au *J.O.C.E.*, L. 108, du 24 avril 2002, directive 2002/58/C.E., du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (« directive vie privée »), *J.O.C.E.*, L. 201, du 31 juillet 2002, directive 2002/77/C.E., du 16 septembre 2002, relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (« directive concurrence »), *J.O.C.E.*, L. 249, du 17 septembre 2002, telles qu'elles ont été modifiées par les directives 2009/136/C.E., du 25 novembre 2009, et 2009/140/C.E., du 25 novembre 2009, *J.O.U.E.*, L. 337, du 18 décembre 2009; Règlement n° 1211/2009, du 25 novembre 2009, instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, *J.O.U.E.*, L. 337, du 18 décembre 2009.

anciens monopoles nationaux⁵, est de « ramener le marché des télécommunications de manière progressive vers une application des règles générales de concurrence. Ceci ne pourra se produire de suite, parce que ce marché continue à connaître des phénomènes de dominance importants »⁶, liés à l'évolution de ces anciennes entreprises publiques monopolistiques.

Le cadre réglementaire peut être schématisé en trois ensembles : le premier concerne les infrastructures de communications, appelées « réseaux » (A) ; vient ensuite celui relatif aux services de communications (B) ; enfin, le dernier est l'ensemble des règles régissant le fonctionnement des « autorités réglementaires nationales » chargées de la régulation du marché (C).

A. *La convergence des réseaux de communications électroniques*

La convergence des infrastructures de communications électroniques est aujourd'hui un fait technologique. Les réseaux câblés, optiques ou hertziens permettent d'offrir une multitude de services, en particulier le téléphone, la télévision et internet (offre souvent appelée *triple play* dans le commerce, voire *quadruple play* lorsqu'elle intègre la téléphonie mobile).

Le droit européen est fondé, depuis les directives de 2002, sur cette convergence. Il définit désormais les réseaux de communications électroniques comme « les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes [...] et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique [...], les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision », et adopte pour principe la concurrence entre tous ces réseaux⁷. Ces réseaux sont soumis à un régime de notification, assorti de diverses obligations visant à assurer une concu-

⁵ Voy., sur l'historique de cette libéralisation, STEVENS (D.), *Toezicht in de elektronische-communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 55-100 ; DE BROUX (P.-O.), *Le droit des industries de réseaux 1830-2010. Une histoire de l'évolution du rôle de l'État fondatrice d'un droit du service public*, thèse de doctorat inédite, Bruxelles, 2011, p. 463-486.

⁶ DEHOUSSE (Fr.), VERBIEST (Th.) et ZGAJEWSKI (T.), *Introduction au droit de la société de l'information*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 87.

⁷ Article 2, a), de la « directive cadre » du 7 mars 2002, tel qu'il a été modifié par la directive 2009/140/C.E. du 25 novembre 2009.

rence loyale (notamment l'interconnexion des réseaux), ainsi que d'une obligation dite de *service universel*, imposée à un ou plusieurs opérateurs, de raccorder géographiquement à un réseau toute personne qui en fait la demande raisonnable.

Deux régimes dérogatoires sont prévus. Le premier concerne le nombre limité d'autorisations qui peuvent être accordées pour l'utilisation des fréquences hertziennes et des orbites satellitaires (par exemple, pour la téléphonie et l'internet mobile ou pour la radiodiffusion), dès lors que celles-ci n'existent qu'en nombre limité. Ce régime d'autorisations déroge donc au régime principal de la simple notification. Le second régime dérogatoire est relatif aux opérateurs dits « puissants sur un marché », à savoir ceux qui se trouvent « dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire [...] en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs »⁸. Dans ce cas, des obligations spécifiques, à déterminer au cas par cas, peuvent être imposées par l'autorité réglementaire nationale (A.R.N.) pour favoriser la concurrence : transparence des tarifs et des conditions techniques d'utilisation du réseau, non-discrimination à l'égard des autres opérateurs ou fournisseurs de services, séparation comptable, obligation d'accès au réseau pour d'autres opérateurs ou fournisseurs de services, contrôle des prix, etc.⁹. Ces obligations sont imposées *ex ante*, c'est-à-dire avant que des problèmes de concurrence aient été relevés, mais à la suite d'une analyse de marché menée par l'A.R.N.

En pratique, ce cadre européen a permis l'émergence de réseaux et d'entreprises privées, capables de concurrencer les anciennes infrastructures publiques, qui ont souvent été elles-mêmes privatisées¹⁰.

⁸ Article 14, § 2, de la « directive cadre » du 7 mars 2002.

⁹ Voy. en particulier les obligations visées aux articles 17, § 2, de la « directive service universel » et 8 à 13bis de la « directive accès », tels qu'ils ont été modifiés par la directive 2009/136/C.E. du 25 novembre 2009.

¹⁰ Ce n'est pas le cas en Belgique, où la plupart des réseaux de communications électroniques sont demeurés essentiellement publics, mais se concurrencent néanmoins entre eux (tels le réseau câblé de Belgacom et celui des anciens télédistributeurs, aujourd'hui aux mains de Telenet en Flandre et de Tecteo/Voo en Wallonie et à Bruxelles).

B. *La multiplication des services de communications électroniques*

En utilisant les divers réseaux existants, il est aujourd'hui possible d'offrir une multitude de services de communications électroniques (téléphone, télévision, internet, courrier électronique, autres transmissions de données, G.P.S. et services associés...). On les classe le plus souvent en trois catégories: les services vocaux (téléphonie fixe et téléphonie mobile), les services de transmission de données (internet et autres) et les services de médias audiovisuels (radio et télévision, en ce compris par internet et «à la demande»).

Les deux premières catégories sont soumises, à l'instar des réseaux, à un simple régime de notification, qui garantit une forte ouverture de ces activités à la concurrence. Cette libéralisation demeure tempérée par des obligations de service universel, imposées à un ou à tous les fournisseurs de services. Le service universel tend à garantir l'accès géographique aux services, ainsi que l'accessibilité tarifaire pour les personnes à faibles revenus ou ayant des besoins sociaux spécifiques. Des dérogations à ce régime sont, à l'instar des réseaux, prévues pour l'utilisation des fréquences hertziennes et pour contrôler et imposer des obligations *ex ante* aux opérateurs considérés comme puissants sur un marché de services vocaux ou de transmission de données.

Contrairement aux réseaux de radio-télévision, les services de médias audiovisuels sont exclus du cadre réglementaire des communications électroniques. Ils sont régis par une autre directive, ainsi qu'un autre régime réglementaire, qui ne sont pas abordés dans le cadre de la présente contribution¹¹.

C. *Le rôle étendu des autorités de régulation*

Afin d'assurer la mise en œuvre effective de ce cadre réglementaire, au-delà de sa transposition dans chaque droit national, des autorités réglementaires nationales (A.R.N.) sont mises en place, (au moins) une par État membre. Ces A.R.N. disposent d'une grande indépendance pour exercer les diffé-

¹¹ Article 2, c), de la « directive cadre » du 7 mars 2002. Voy. la directive 2010/13/U.E., du 10 mars 2010, « Services de médias audiovisuels », J.O.U.E., L. 95, du 15 avril 2010, dite « directive S.M.A. », et JONGEN (Fr.) dir., *La directive services de médias audiovisuels. Le nouveau cadre juridique de l'audiovisuel européen*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010.

rents pouvoirs et missions qui leur sont attribués. Leurs décisions sont par exemple, en principe, exclusivement assujetties à des contrôles de nature juridictionnelle. La révocation de leurs membres est soumise à des conditions strictes. Les États membres sont en outre tenus de garantir l'octroi de ressources budgétaires suffisantes aux A.R.N. (article 3 de la « directive cadre »).

Les tâches des A.R.N. sont nombreuses (article 8 de la « directive cadre »). Elles sont appelées à prendre toutes les mesures, pour autant qu'elles soient raisonnables et proportionnées, visant à promouvoir la concurrence dans les réseaux et services de communications électroniques et à soutenir les intérêts des utilisateurs de ces réseaux et services (notamment du point de vue de la protection du consommateur et du respect de la vie privée). À cet égard, elles sont notamment chargées d'accorder les autorisations et de gérer les fréquences radioélectriques; elles procèdent aux analyses de marché, constatent l'existence d'opérateurs puissants et ont le pouvoir de leur imposer des obligations *ex ante*; elles contrôlent le respect des obligations de service universel; elles disposent d'un pouvoir de sanction administrative; elles sont également chargées de trancher les litiges entre les entreprises (article 20 de la « directive cadre »); elles servent, enfin, d'organe de réflexion, d'incitation, d'information, de médiation et de publicité pour l'ensemble du secteur des communications électroniques dans chaque État membre.

La diversité des pouvoirs, des missions et des moyens d'action propres à ces autorités réglementaires nationales caractérise cette nouvelle fonction de *régulation*, reconnue dans la théorie générale de l'État aujourd'hui, qui vise à maintenir un équilibre entre des intérêts divergents, dans des secteurs spécifiques et complexes¹². Les A.R.N., dans le droit des communications électroniques, sont traditionnellement considérées, en ce sens, comme des *autorités de régulation*, parfois aussi dénommées *régulateurs*.

Eu égard à l'encadrement européen de leurs compétences, les A.R.N. ont très rapidement senti le besoin de se réunir au niveau européen, pour comparer, voire harmoniser, leurs pratiques. Le cadre réglementaire attache également une grande importance au développement du marché intérieur et à l'harmonisation des mesures nationales, en imposant notamment aux

¹² DELGRANGE (X.), DETROUX (L.) et DUMONT (H.), « La régulation en droit public », in *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, JADOT (B.) et OST (Fr.) dir., Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1999, p. 71. Voy. aussi FRISON-ROCHE (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », in *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, FRISON-ROCHE (M.-A.) dir., Presses de Sciences Po – Dalloz, Paris, 2004, p. 7-15.

A.R.N. de communiquer à la Commission la plupart de leurs décisions. Les A.R.N. se sont d'abord réunies de façon informelle au sein du Independent Regulators Group (I.R.G.). La Commission a ensuite fondé, en 2002, le Groupe des régulateurs européens (G.R.E.), lequel s'est transformé, en 2009, en Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)¹³. L'organisation et les missions de cet organe européen de régulation sont examinées en détail *infra*, dans le troisième chapitre.



Ce cadre réglementaire très contraignant exerce donc une influence considérable sur les législations et, à travers elles, sur les pratiques nationales, notamment celles des autorités de régulation. L'encadrement européen prive ainsi les États membres d'une grande part de leur marge d'appréciation pour organiser les réseaux et services de communications, et notamment pour déterminer l'étendue de services d'intérêt économique général ou le contenu du service universel des télécommunications.

Les deux types d'instruments de *soft law* qui font l'objet de notre analyse sont issus de la Commission et du Groupe, puis de l'Organe des régulateurs. Ces deux instruments poursuivent principalement un objectif d'harmonisation et exercent, dans la pratique, une influence sur les États membres comparable à celle du cadre réglementaire, auquel ils sont indissolublement liés. C'est un des principaux enseignements des deux chapitres suivants.

II. Les actes non contraignants imposés ou permis par le cadre réglementaire

Le cadre réglementaire des communications électroniques prévoit expressément l'adoption de nombreux instruments de *soft law* ou, en tout cas, identifiés comme tels dans la doctrine et dans la contribution de Nicolas de Sadeleer. La force normative et la validité¹⁴ de ces instruments souples

¹³ STEVENS (D.), *Toezicht in de elektronische-communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, op. cit., p. 83-99. Voy. les sites internet, partiellement communs, de l'I.R.G. et de l'ORECE : www.irg.eu et bereg.europa.eu.

¹⁴ Au sens des travaux respectifs de THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, et d'OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 324 et s., pour la théorie de la validité ; tous deux synthétisés dans HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », op. cit.

ancrés dans des normes « dures » méritent donc, à l'évidence, un examen plus approfondi.

L'instrument principal de cette catégorie d'actes est la recommandation de la Commission européenne, instrument qui, selon l'article 288 T.F.U.E., « ne lie pas ». À son sujet, la Cour de justice a néanmoins reconnu un effet juridique spécifique dans l'affaire *Grimaldi*, déjà citée à plusieurs reprises dans le présent ouvrage. Cet arrêt impose aux juges nationaux de prendre les recommandations en considération notamment « lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant »¹⁵. C'est d'emblée à cette phrase qu'il faut rattacher les recommandations ici étudiées qui, toutes, complètent le cadre réglementaire en vigueur¹⁶. Le présent chapitre entend approfondir et commenter cette prise de position de la Cour, à l'aune des théories de la force normative et de la validité.

À cette fin, notre analyse s'énonce en trois étapes. La valeur hiérarchique des instruments étudiés est d'abord détaillée à partir du cadre réglementaire lui-même (A). La valeur déontique, liée à la formulation et au contenu prohibitif, prescriptif ou permissif de ces instruments, est ensuite brièvement décrite (B), pour permettre, dans un troisième temps, de discuter de leur force normative et de leur validité dans leur ensemble, à partir des quelques indices issus de la pratique et, plus rarement, de la jurisprudence (C).

A. *L'ancrage d'instruments de soft law au sein du hard law*

Comme l'a souligné Nicolas de Sadeleer dans sa contribution *supra*, la plupart des recommandations, instrument non contraignant prévu à l'article 288 T.F.U.E., se fondent sur des bases juridiques spécifiques. En cela, le droit des communications électroniques n'est pas particulièrement original. Ce qui surprend, néanmoins, c'est la fréquence du recours à ces recommandations, d'une part, et l'élargissement à d'autres instruments (lignes directrices et normes techniques), d'autre part. En outre, contrairement à l'habitude, l'adoption de la plupart de ces instruments requiert le respect de règles de procédure très spécifiques.

¹⁵ C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, C-322/88, § 18.

¹⁶ En ce sens, voy. DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 202.

La seule « directive cadre », à laquelle nous limitons notre analyse, prévoit au moins quatre circonstances où l'adoption d'actes non contraignants est autorisée, voire exigée.

1. La définition et l'analyse des marchés pertinents, en vue de déterminer si un opérateur est puissant sur un marché (articles 15 et 16)

En vue de procéder aux analyses de marché et pour pouvoir imposer des obligations *ex ante* aux opérateurs puissants sur un marché, « la Commission adopte [...] une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services [...] dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires ».

Elle doit, pour ce faire, non seulement procéder à une consultation publique, mais également respecter la procédure consultative prévue pour l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission¹⁷. C'est remarquable, puisque les compétences d'exécution de la Commission, encadrées par l'article 291 T.F.U.E., ne sont pas considérées comme du *soft law*¹⁸. C'est donc l'encadrement procédural du *hard law* qui est ici, en partie, sollicité pour permettre l'adoption de cette recommandation¹⁹.

La Commission doit également publier, en vertu de l'article 15, § 2, de la « directive cadre », « des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché ». Aucune règle procédurale n'est ici prévue.

Selon l'article 15, § 3, enfin, « les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales ». Par contre, si elles s'en écartent, les A.R.N. doivent respecter des procédures de définition et d'analyse des marchés beaucoup plus rigoureuses.

¹⁷ L'article 15 de la « directive cadre » renvoie à l'article 22, § 2, qui lui-même fait référence à la décision du Conseil 1999/468/C.E., du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, *J.O.C.E.*, L. 184, du 17 juillet 1999. À noter que cette décision a été abrogée et remplacée par le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011, *J.O.U.E.*, L. 55, du 28 février 2011.

¹⁸ Voy. DE SADELEER (N.) et HACHEZ (I.), « Hiérarchie et typologie des actes juridiques de l'Union européenne », in *Les innovations du traité de Lisbonne. Incidences pour le praticien*, DE SADELEER (N.), DUMONT (H.) et al. dir., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 85 et s.; ainsi que la contribution, au présent ouvrage, de GUILLOUD (L.), « La nouvelle nomenclature des actes dans le traité de Lisbonne ».

¹⁹ C'est d'autant plus remarquable que, selon la contribution de N. de Sadeleer au présent ouvrage, en principe, « l'adoption des recommandations n'est pas soumise à une procédure décisionnelle spécifique ».

2. Les mesures d'harmonisation des tâches exercées par les A.R.N. (article 19)

En vue d'harmoniser la mise en œuvre du cadre réglementaire par les A.R.N., la Commission peut adopter des décisions ou des recommandations. Lorsqu'elle adopte une recommandation, la Commission doit à nouveau respecter la procédure consultative prévue pour les compétences d'exécution; et les A.R.N. doivent tenir le plus grand compte d'une telle recommandation. En outre, «lorsqu'une autorité réglementaire nationale choisit de ne pas suivre une recommandation, elle en informe la Commission en communiquant la motivation de sa position».

3. Les procédures d'échange d'informations dans le cadre du mécanisme de consultation communautaire (articles 7 et 7ter)

L'article 7 de la «directive cadre» prévoit l'échange d'informations et des procédures de notification obligatoire des décisions d'une A.R.N. à la Commission et aux A.R.N. des autres États membres, «sauf disposition contraire dans les recommandations ou les lignes directrices arrêtées conformément à l'article 7ter» (article 7, § 3, de la «directive cadre»).

Selon cet article 7ter, «après consultation publique et consultation des autorités réglementaires nationales, et en tenant le plus grand compte de l'avis de l'ORECE, la Commission peut adopter des recommandations et/ou des lignes directrices, relativement à l'article 7, qui définissent la forme, le contenu et le niveau de détail des notifications exigées conformément à l'article 7, paragraphe 3, les circonstances dans lesquelles les notifications ne sont pas exigées et le calcul des délais». Dans ce cas, à nouveau, il y lieu de respecter, tant pour les recommandations que pour les lignes directrices, la procédure consultative prévue pour les compétences d'exécution de la Commission.

L'objectif ici poursuivi par le législateur communautaire est de «simplifier les procédures d'échange d'informations entre la Commission et les autorités réglementaires nationales, par exemple dans les cas concernant des marchés stables ou impliquant uniquement des changements mineurs à des mesures préalablement notifiées»²⁰.

Il est surtout remarquable, dans ce cas, d'avoir donné la possibilité à la Commission de déroger, par une recommandation ou des lignes direc-

²⁰ Considérant n° 21 de la directive 2009/140/C.E. du 25 novembre 2009.

trices, aux obligations d'information et de notification prévues par la « directive cadre ».

4. La normalisation (article 17)

Il convient encore de signaler l'accent mis sur la normalisation technique dans la « directive cadre », seule capable de garantir un réel marché intérieur des communications électroniques au sein de l'Union.

L'article 17 de cette directive impose à la Commission d'établir et de publier, dans le respect de la procédure consultative prévue pour les compétences d'exécution, une « liste de normes non obligatoires ». Elle peut également, en respectant les mêmes règles de procédure, « demander que des normes soient élaborées par les organismes européens de normalisation : le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (Cenelec) et l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI). Les États membres doivent encourager l'utilisation de ces normes ou, à défaut, des « normes ou recommandations internationales adoptées par l'Union internationale des télécommunications (U.I.T.), la Conférence européenne des administrations des postes et des télécommunications (C.E.P.T.), l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et la Commission électrotechnique internationale (C.E.I.) ».

En outre, « dans les cas où il existe déjà des normes internationales, les États membres encouragent les organismes européens de normalisation à utiliser ces normes ou leurs éléments pertinents comme fondement des normes qu'ils élaborent, sauf lorsque ces normes internationales ou leurs éléments pertinents seraient inopérants ».

Enfin, « si les normes [...] n'ont pas été correctement mises en œuvre, [...] la mise en œuvre de ces normes [...] peut être rendue obligatoire [...] dans la mesure strictement nécessaire pour assurer cette interopérabilité et améliorer la liberté de choix des utilisateurs ».

La logique de cette disposition est à nouveau assez particulière. Elle impose l'établissement et la publication de normes non obligatoires, mais si celles-ci ne sont pas correctement mises en œuvre, la Commission peut les rendre obligatoires. Le message un peu caricatural que l'on pourrait en déduire est donc le suivant : respecter mes règles non contraignantes, sinon je les rendrai contraignantes.



La valeur hiérarchique conférée à ces actes par le cadre réglementaire des communications électroniques est donc d'emblée assez ambiguë. Le recours à des instruments non contraignants est explicite et, en principe, ceux-ci sont subordonnés au cadre réglementaire européen. Ce *soft law* est cependant assorti de l'obligation de tenir le plus grand compte de son contenu, de l'obligation de motiver et de respecter une procédure plus rigoureuse si l'on y déroge, ainsi que de règles de procédure spécifiques, parfois même empruntées au droit « dur ». Cette énumération démontre déjà une volonté de convaincre – à défaut de contraindre – les États membres et les A.R.N. de se soumettre à ces instruments prétendument non contraignants. L'ambiguïté est même caractérisée à l'article 7^{ter} de la « directive cadre », qui permet à une recommandation ou à des lignes directrices de déroger à celle-ci. S'il est admis que le *soft law* puisse compléter le droit « dur », la classification proposée par Isabelle Hachez ne semble pas prévoir le cas si étrange où il permettrait de déroger au droit « dur », avec la bénédiction de ce dernier²¹. Cette situation est néanmoins caractéristique du phénomène de « boucle étrange » décrit dans la théorie des systèmes juridiques²². La place exacte à donner à de telles recommandations ou lignes directrices dans la hiérarchie des normes en devient très incertaine.

L'ambiguïté relevée peut sans doute déjà être, en partie, expliquée. Pour certains des instruments précités, en particulier la recommandation relative aux marchés pertinents de réseaux et de services de communications, l'intention originelle du législateur européen (en particulier, la Commission) était de prévoir l'adoption d'actes contraignants²³. Le recours à des actes non contraignants reflète sans doute la volonté des États membres de conserver une relative marge d'appréciation face à ce cadre réglementaire déjà très détaillé. Le *soft law* devient ici un instrument de compromis entre les intérêts divergents de l'Union et de ses États membres.

²¹ À moins de le classer dans le *soft law* paralégislatif, pourtant *a priori* réservé à des acteurs privés, en validant l'hypothèse selon laquelle le législateur européen ne voit pas d'inconvénient à scier la branche sur laquelle il repose (HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 46).

²² Ce phénomène se manifeste lorsqu'un organe inférieur (selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe supérieur. Voy. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 14, 49 et 487.

²³ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, *op. cit.*, p. 201, note 221.

B. *Le contenu normatif des actes non contraignants*

L'examen de la valeur déontique des actes étudiés est, sur un plan formel, particulièrement succinct. Les recommandations ne lient pas, ni, *a fortiori*, les lignes directrices et les normes techniques non obligatoires.

Si l'on s'attache plutôt à la formulation du contenu de tous ces actes, il faut cependant à nouveau constater que tout n'est pas si simple. Sans vouloir faire l'exposé détaillé des multiples instruments adoptés sur la base des articles précités de la « directive cadre », les termes utilisés sont révélateurs des intentions normatives de la Commission. On peut même relever de fortes disparités entre les quatre situations identifiées dans la section précédente.

La recommandation sur les marchés pertinents « recommande » aux A.R.N. d'examiner les marchés qui y sont identifiés. Par contre, « lorsqu'elles recensent des marchés autres que ceux énumérés en annexe, les autorités réglementaires nationales *doivent* s'assurer que les trois critères suivants sont remplis en même temps »²⁴. Le considérant n° 17 de la recommandation précise en outre que « les marchés ne figurant pas dans la présente recommandation *devront* être définis sur la base des principes de concurrence énoncés dans la communication de la Commission [...] et se conformer aux lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché ». Pour leur part, les lignes directrices s'ouvrent de la manière suivante : « Les présentes lignes énoncent les principes sur lesquels les autorités réglementaires nationales (A.R.N.) *doivent* fonder leur analyse des marchés et de la concurrence effective en application du nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques »²⁵.

La plupart des recommandations adoptées sur la base de l'article 19 de la « directive cadre » utilisent, plus prudemment, le conditionnel du verbe « devoir » ou même des verbes plus souples : recommander, encourager, inviter... Malgré la procédure d'adoption très spécifique, ces recommanda-

²⁴ Recommandation de la Commission, du 17 décembre 2007, concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L. 344, du 28 décembre 2007 (nous soulignons).

²⁵ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, C. 165, du 11 juillet 2002 (nous soulignons).

tions correspondent davantage à la doctrine classique qui leur est consacrée. Elles ont pour but « d’inviter les États membres à légiférer »²⁶.

La recommandation ou les lignes directrices prévues par l’article 7ter n’ont, par contre, pas encore été adoptées. Néanmoins, il existe une recommandation relative à la procédure de notification avant sa révision en 2009. Cette recommandation complète les règles applicables en la matière, prévoyant tant les modes de notification que la computation des délais, par exemple, tous formulés à l’indicatif présent et imposant le respect d’un comportement déterminé : « les notifications sont effectuées par courrier électronique » ; « les notifications sont présentées dans l’une des langues officielles de la Communauté » ; « les projets de mesure sont dûment motivés »²⁷. La plupart de ces règles complètent le cadre réglementaire. La future recommandation pourra même, pour rappel, déroger à celui-ci.

Enfin, le paradoxe des normes techniques se densifie encore. En effet, pour publier la liste des normes non obligatoires prévues à l’article 17, § 1, la Commission a eu recours à une décision, soit une norme « obligatoire dans tous ses éléments », selon l’article 288 T.F.U.E.²⁸. Certes, l’on pourrait arguer que la décision se borne à déclarer que la liste est établie et publiée. Celle-ci étant annexée à la décision, on voit cependant mal comment elle pourrait échapper à la force juridique attachée aux décisions. La liste annexée est cependant rédigée de manière à nouveau très prudente, « destinée à servir de support pour encourager la fourniture harmonisée » de réseaux et de services de communications électroniques.

²⁶ KOVAR (R.), « Recommandation », in *Répertoire Dalloz. Droit communautaire*, 2000, p. 3, cité par L. Guilloud dans sa contribution au présent ouvrage (note 134). Voy., par exemple, la recommandation de la Commission, du 20 septembre 2010, sur l’accès réglementé aux réseaux d’accès de nouvelle génération (N.G.A.), *J.O.U.E.*, L. 251, du 25 septembre 2010 ; ecommandation de la Commission, du 7 mai 2009, sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d’appels fixe et mobile dans l’U.E., *J.O.U.E.*, L. 124, du 20 mai 2009.

²⁷ Recommandation de la Commission, du 15 octobre 2008, concernant les notifications, délais et consultations prévus par l’article 7 de la directive 2002/21/C.E. du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, L. 301, du 12 novembre 2008.

²⁸ Décision de la Commission du 11 décembre 2006 – Liste des normes et/ou des spécifications pour les réseaux de communications électroniques, les services de communications électroniques et les ressources et services associés, remplaçant toutes les versions précédentes, *J.O.U.E.*, L. 86, du 27 mars 2007.

C. *La force normative et la validité des actes non contraignants rencontrés*

Les quatre situations identifiées sous le point A, où est prévue l'adoption d'actes non contraignants, font déjà preuve d'une réelle diversité dans l'appréciation de leur valeur normative, à savoir la force juridique conférée à l'acte par son auteur²⁹. L'analyse est donc féconde et mérite d'être élargie aux autres composantes des théories de la force normative et de la validité.

1. La valeur normative

Tous les instruments examinés présentent néanmoins un point de départ commun. Leur légalité formelle est issue des directives elles-mêmes et leur valeur hiérarchique et déontique est supposée être claire : il s'agit d'actes non contraignants « dont il faut tenir le plus grand compte », en particulier puisqu'ils empruntent tous des procédures propres aux actes d'exécution, à l'exception des lignes directrices sur l'analyse du marché.

Les cartes demeurent cependant fort brouillées pour les actes prévus par l'article 7*ter*, susceptibles de déroger à certaines règles de procédure prévues par le cadre réglementaire. De même, les normes techniques prévues à l'article 17 sont établies et publiées au moyen d'un instrument juridique contraignant. L'un et l'autre se rapprochent ainsi des normes contraignantes. D'autre part, les actes prévus aux articles 15 (analyses de marché) et 17 (normalisation) doivent être adoptés par la Commission, les deux autres situations n'ouvrant qu'une faculté pour celle-ci.

L'examen du contenu des normes étudiées confère également un petit coup de pouce supplémentaire du côté de la contrainte juridique, le vocabulaire utilisé étant plutôt impératif, sauf pour les recommandations visées à l'article 19 de la directive.

Et, pour sa part, la valeur axiologique, liée à la légitimité exigée d'une norme juridique, ne fait pas obstacle, en l'espèce, à la reconnaissance d'un acte quasi contraignant. La Commission peut en effet prétendre à une grande légitimité démocratique. Elle agit d'ailleurs dans le cadre d'une compétence qui lui est expressément attribuée et en respectant des procédures de consultation très large, à l'égard tant du public que des A.R.N. Mieux, même, la Commission semble avoir la conviction d'agir en tant

²⁹ THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 822.

qu'autorité exécutive, donc normative, lorsqu'elle doit respecter les règles de procédure relatives à ses compétences exécutives³⁰. En ce qui concerne la normalisation, la légitimité est aussi due au degré d'expertise des membres des institutions internationales visées à l'article 17, dont le travail est simplement entériné par la Commission.

Dans son ensemble, la valeur normative des instruments étudiés nous paraît donc très forte, en tout cas bien plus forte que la valeur normative conférée aux actes non contraignants dans l'ordre juridique européen. S'il fallait les hiérarchiser entre eux, sur la base de la seule valeur normative, deux actes semblent avoir un degré de juridicité un peu moindre par rapport aux autres : les recommandations visées à l'article 19 et les lignes directrices relatives à l'analyse de marché.

2. La portée normative

Les mesures adoptées par les A.R.N. comme la jurisprudence des organes de recours nationaux révèlent que ces instruments sont, en pratique, particulièrement bien respectés ou que les écarts commis par les A.R.N. sont spécifiquement motivés³¹. Indubitablement, les A.R.N. tiennent le plus grand compte de ces instruments non contraignants dans leur pratique et les inscrivent même presque systématiquement dans la rubrique « cadre légal » de leurs décisions. Il en va de même pour la doctrine juridique, qui n'examine jamais les procédures d'analyse de marché sans y inclure au moins la recommandation et, le plus souvent, les lignes directrices, par

³⁰ Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2009 (15^e rapport), SEC (2010) 630, p. 7, dans lequel la Commission signale « exercer ses compétences d'exécution en adoptant des recommandations », il est vrai dans le cadre des mécanismes de consultation communautaire prévus à l'article 7 de la « directive cadre ». On ne voit cependant pas pourquoi la Commission se positionnerait différemment dans les autres situations renvoyant aux procédures d'exécution.

³¹ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, op. cit., p. 201. Voy. également les décisions récentes de l'autorité de régulation belge (décision du 2 mars 2012, www.ibpt.be, qui place les recommandations et lignes directrices dans le cadre légal, et y fait constamment référence, de manière détaillée, pour imposer des obligations à l'opérateur puissant); de l'autorité néerlandaise (décision du 16 mars 2012, www.opta.nl, qui décrit également ces instruments sous le titre « Europese regelgeving », sur le même pied que les directives, et y fait constamment référence dans son analyse); de l'autorité britannique (décision du 3 décembre 2010, www.ofcom.org.uk, qui se borne à mentionner, il est vrai, qu'elle a tenu compte des deux actes visés) ou de l'autorité française (décision du 26 juillet 2011, www.arcep.fr, qui déroge à la recommandation et motive tout particulièrement sa décision à cet égard).

exemple, comme référence incontournable pour décrire le cadre réglementaire en vigueur³².

En matière de normalisation également, les opérateurs adhèrent fortement aux normes techniques publiées. L'interopérabilité des réseaux a, en pratique, rendu celles-ci incontournables. Il ne serait en effet plus admis, aujourd'hui, de ne pas pouvoir passer d'un réseau à un autre pour des raisons techniques (par exemple, de ne pas pouvoir téléphoner d'un réseau mobile à un autre), sur le sol national comme avec l'étranger. Il faut désormais être *interconnecté*, ce qui, sur un plan technique, nécessite l'usage de normes communes.

La grande effectivité des actes étudiés semble ici commune à tous.

3. La garantie normative

Dernier pôle de la force normative, la garantie normative a trait au « respect de la norme par les acteurs du droit ». Il s'agit d'apprécier jusqu'où les instruments étudiés sont ou non assortis de contraintes et s'ils sont ou non utilisables – et si oui, comment – par le juge³³.

Le dépouillement systématique de la jurisprudence de la Cour de justice n'a cependant livré que de maigres résultats à cet égard. Si elle a parfois mobilisé ces différents instruments, ce ne fut jamais à des fins juridiques très révélatrices. Tout au plus la jurisprudence permet-elle de connaître l'opinion de la Cour sur le degré de juridicité des actes étudiés.

À l'occasion d'une affaire polonaise, la Cour s'est prononcée de manière très explicite. Les lignes directrices relatives à l'analyse de marché sont invoquées devant le juge national, mais celui-ci constate qu'elles n'ont pas été traduites en polonais, rendant toute obligation contenue dans celles-ci inopposable aux particuliers. Cette question est l'objet unique de l'arrêt rendu le 12 mai 2011. Cet arrêt examine attentivement la force normative des lignes directrices, jugeant que celles-ci « orientent les A.R.N. lors de la définition et de l'analyse des marchés pertinents afin de déterminer s'ils doivent être

³² STEVENS (D.), *Toezicht in de elektronische-communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, op. cit., p. 71, 284 et la doctrine citée; PENARD (T.) et THIRION (N.), « La régulation dans les télécommunications: une approche croisée de l'économie et du droit », in *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, THIRION (N.) dir., Larcier, Bruxelles, 2007, p. 96-99; DE STREEL (A.), « Service d'intérêt économique général et communications électroniques », in *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, LOUIS (J.-V.) et RODRIGUES (S.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 352.

³³ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », op. cit., p. 26.

soumis à une réglementation *ex ante*. En effet, selon le point 1 de ces lignes directrices, celles-ci énoncent les principes sur lesquels les A.R.N. *doivent* fonder leur analyse [...]. Le point 6 des mêmes lignes directrices indique également qu'elles ont pour but de *guider* les A.R.N. dans l'exercice de leurs nouvelles responsabilités [...]. Les lignes directrices de 2002 contiennent, dans leurs trois premières sections, un exposé synthétique des méthodes et des critères *utiles* à la définition du marché, à l'évaluation de la puissance sur celui-ci et à la désignation des entreprises puissantes sur le marché. [...] La quatrième section [...] vise à donner aux A.R.N. des *indications* sur les mesures à prendre [...]. Les cinquième et sixième sections [...] visent à *préciser le fonctionnement* des mécanismes de coopération » (nous soulignons). Selon la Cour, « il ressort de ces éléments que les lignes directrices de 2002 ne contiennent aucune obligation susceptible d'être imposée, directement ou indirectement, à des particuliers » et l'absence de traduction polonaise n'empêche donc pas d'y faire référence dans une décision de l'A.R.N. polonaise³⁴. S'il est probable que les lignes directrices n'imposent directement aucune obligation aux particuliers, il n'empêche qu'on pourrait regretter, à l'aune de l'exercice réalisé dans le présent ouvrage, que la Cour se soit limitée à une stricte analyse de la valeur déontique de ces lignes directrices. *A contrario*, les autres instruments examinés utilisent un vocabulaire bien plus impératif, qui pourrait suffire à leur donner un caractère contraignant. La conclusion est, à l'évidence, trop rapide, mais montre bien l'intérêt pour la Cour d'approfondir, à l'avenir, son examen.

À propos des lignes directrices encore et de la recommandation, la Cour estime que « ces deux *instruments juridiques orientent* les A.R.N. lors de la définition et de l'analyse des marchés pertinents afin de déterminer s'ils doivent être soumis à une réglementation *ex ante* » (nous soulignons). La Cour déduit ensuite de l'article 16 de la « directive cadre », combiné aux lignes directrices et à la recommandation, l'existence de pouvoirs étendus accordés à l'A.R.N., empêchant une loi nationale de prévoir l'exclusion d'une réglementation *ex ante* pour des nouveaux marchés. La Cour utilise même un vocabulaire audacieux, lorsqu'elle affirme que ni les lignes directrices, ni la recommandation, ni un considérant de la « directive cadre » « *n'édicte* aucun principe de non-réglementation desdits marchés »³⁵.

Plus frileuse à l'égard des recommandations fondées sur l'article 19, la Cour considère que « ladite recommandation, compte tenu de sa nature non contraignante, ne saurait obliger les États membres à recourir à une

³⁴ C.J.U.E., 12 mai 2011, *Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o.*, C-410/09.

³⁵ C.J.U.E., 3 décembre 2009, *Commission c. Rép. féd. d'Allemagne*, C-424/07, § 69-79.

méthode spécifique pour mettre en œuvre l'article 26, paragraphe 3, de la directive «service universel». Cette absence d'effet contraignant [...] est également explicitement confirmée à l'article 19 de la «directive cadre» [...]. Une autorité réglementaire nationale peut choisir de ne pas suivre une recommandation adoptée par la Commission [...], à charge toutefois pour elle d'en informer la Commission et de lui communiquer la motivation de sa position. [...] les États membres sont dès lors libres de choisir la méthode à utiliser»³⁶.

Par contre, pour juger de l'étendue des coûts à prendre en considération pour contrôler les tarifs d'accès au réseau téléphonique, notamment les amortissements réalisés, la Cour ne peut que constater le silence du règlement européen concerné. S'appuyant alors principalement sur une recommandation relative à l'obligation de séparation comptable, elle interprète ledit règlement en affirmant que les amortissements «font partie des coûts qui doivent être pris en considération»³⁷.

En termes quantitatifs, le recours aux instruments non contraignants est donc extrêmement rare au sein de la Cour de justice, dans le domaine des communications électroniques. Et lorsqu'il existe, c'est le plus souvent pour confirmer son caractère non contraignant ou, une fois, pour permettre l'interprétation d'un règlement. Une décision nationale isolée s'engage davantage à propos d'une recommandation fondée sur l'article 19, en matière de contrôle des prix. Selon la Cour d'appel de Bruxelles, «il suit de cette recommandation que si [l'A.R.N.] décide de baser les tarifs sur un modèle ascendant de coûts, *il incombe* à [l'A.R.N.] de comparer le résultat de cette approche avec celui basé sur les données réelles de Belgacom et d'éviter de trop grandes divergences entre les deux» (nous soulignons)³⁸.

Il n'empêche, l'intensité de la garantie normative est particulièrement faible dans ce domaine et plutôt fort contrastée par rapport aux deux autres pôles de la force normative. Par comparaison avec des instruments similaires dans d'autres domaines, il est néanmoins probable que cette garantie se renforce dans les années à venir³⁹.

³⁶ C.J.C.E., 11 septembre 2008, *Commission c. Rép. de Lituanie*, C-274/07, § 48-51. Voy. aussi C.J.U.E., 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA et autres*, C-317/08, § 33 et 39-41.

³⁷ C.J.C.E., 24 avril 2008, *Arcor A.G. & Co. K.G.*, C-55/06, § 70-84.

³⁸ Bruxelles, 29 juin 2011, R.G. n° 2010/AR/2695, § 28, publié sur le site de l'A.R.N. belge, www.ibpt.be.

³⁹ Comp., dans le domaine du droit de la concurrence, avec STEFAN (O.A.), «European competition soft law in european courts: a matter of hard principles?», *op. cit.*, p. 758-762.

4. Le degré de juridicité et la classification dans la théorie du *soft law*

Il résulte, selon nous, de cette analyse, et en particulier de la faiblesse de leur garantie normative, que les instruments examinés constituent bien des actes non contraignants à classer dans le *soft law*, et ce, malgré les divers indices ou tentations d'ériger, à tout le moins certains d'entre eux, dans le droit contraignant, eu égard, notamment, à la valeur normative de ces instruments⁴⁰. L'intention du législateur européen comme de leur auteur semble en effet, à tout le moins, très ambiguë.

S'il s'agit de *soft law*, il s'inscrit nécessairement dans la fonction post-législative dégagée par la doctrine européenne, qui vise à compléter, soutenir et interpréter le droit européen, primaire comme secondaire, voire à harmoniser son application⁴¹. Cette fonction post-législative nous paraît correspondre en grande partie à la catégorie de *soft law* périlégislatif proposée par Isabelle Hachez⁴². Au sein de cette catégorie, sont encore distingués le droit recommandé, le droit proposé et le *hard law* en puissance, dans un ordre croissant de juridicité.

Les recommandations fondées sur l'article 19, de même que les lignes directrices relatives à l'analyse de marché, paraissent plutôt répondre à un droit recommandé, seule voie ouverte à la Commission pour exercer ses compétences, mais avec la caractéristique remarquable de bénéficier d'une très forte effectivité, sans doute caractéristique du *soft law* en général.

L'encadrement procédural, d'une part, et l'intention de la Commission, déduite du vocabulaire utilisé dans les autres instruments, d'autre part, nous paraissent imposer un plus haut degré de juridicité pour ceux-ci. La sous-catégorie du droit proposé pourrait convenir à cet égard, bien qu'aucun de ces actes n'entende intégrer le droit positif tel quel, émanant déjà de l'auto-

⁴⁰ LUIJENDIJK (J.) et SENDEN (L.), « De gelaagde doorwerking van Europese administratieve *soft law* in de nationale rechtsorde », *S.E.W.*, 2011, p. 325-326, qui envisagent expressément cette possibilité de règles de *hard law* cachées dans un habit de *soft law*, décomposant alors le raisonnement de la Cour de justice pour se prononcer à ce sujet.

⁴¹ SENDEN (L.), *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 120.

⁴² HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 46 et s. À noter que, dans sa contribution, N. de Sadeleer classe les normes techniques dans le *soft law* paralégislatif (tant au sens du droit européen qu'au sens de la classification proposée par I. Hachez, qui se confondent). La proposition est tout à fait défendable et, en réalité, étrangère à l'instrument ici examiné, à savoir l'établissement et la publication, par la Commission, d'une liste de normes techniques non obligatoires, normes qui, elles-mêmes, avant d'intégrer la publication de la Commission, peuvent sans doute être considérées comme du *soft law* paralégislatif. La publication des normes par la Commission, par contre, dans une décision en outre, nous paraît bien relever du *soft law* périlégislatif.

rité publique compétente. Mais il s'agit bien d'un contenu qui présente toutes les caractéristiques du *hard law*, sans être obligatoire. En réalité, s'il fallait rendre ces instruments obligatoires, en poursuivant les mêmes objectifs et en espérant bénéficier de la même effectivité, on ne voit pas bien ce qu'il faudrait modifier, si ce n'est l'intitulé de l'acte. Un tel constat nous semble cependant encore un peu insuffisant pour pouvoir intégrer la sous-catégorie du *hard law* en puissance, telle qu'elle est définie actuellement.

III. Les actes de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)

Le cadre réglementaire des communications électroniques a conduit, par ailleurs, à la création de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), en 2009, lui-même héritier du Groupe des régulateurs européens (G.R.E.), mis sur pied en 2002, et de l'Independent Regulators Group (I.R.G.), né en 1997. Ces institutions ont pris l'initiative d'abord, reçu la mission ensuite, d'adopter une série d'actes non contraignants, qu'il nous paraît utile de passer en revue.

L'originalité de ce chapitre est surtout fondée sur l'auteur des actes étudiés. L'adoption d'instruments juridiques par des institutions décentralisées d'une organisation internationale est en effet encore assez rare, en dehors de l'Union européenne. Et au sein de celle-ci, les actes des organes européens de régulation n'ont encore pratiquement fait l'objet d'aucune étude, en particulier pas dans la doctrine du *soft law* européen.

Plus que dans le second chapitre, il y a lieu ici d'examiner d'abord l'auteur des actes étudiés, en particulier ses missions et sa composition (A). Les actes que l'ORECE peut adopter dans ce cadre seront ensuite détaillés, en mettant l'accent sur la procédure à suivre et la valeur normative que l'ORECE leur confère (B), pour permettre, dans un troisième temps, de discuter de leur force normative et de leur validité (C).

A. *La composition et les missions de l'ORECE et de ses prédécesseurs*

1. Les prédécesseurs : I.R.G. et G.R.E.

Les autorités réglementaires nationales ont ressenti le besoin, déjà sous l'ancien cadre réglementaire, de mettre leurs pratiques en commun. Elles créent l'I.R.G. en 1997, lequel est composé des A.R.N. de tous les États membres, mais pas de la Commission.

Au lendemain de l'adoption du nouveau cadre réglementaire des communications électroniques, la Commission européenne crée le G.R.E. (European Regulators Group – E.R.G. en anglais), par décision du 29 juillet 2002⁴³. Selon la Commission, la création d'un tel groupe était nécessaire afin de promouvoir l'application uniforme des règles et principes de régulation dans tous les États membres. Elle considérait le G.R.E. comme une « interface de conseil et d'assistance » entre elle et les autorités réglementaires nationales (considérant n° 5) et lui attribuait « le rôle d'organe de réflexion, de débat et de conseil » en vue de contribuer au développement du marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques (considérant n° 7 et article 3 de la décision).

Le G.R.E. était composé des responsables des A.R.N. de chaque État membre ou de leurs représentants. Des experts des pays de l'E.E.E. non membres de l'Union et des pays candidats à l'adhésion étaient également conviés aux réunions du groupe, en qualité d'observateurs. La Commission européenne n'en était pas membre, mais y jouait néanmoins un rôle de coordination très important⁴⁴. L'I.R.G. subsistait en parallèle, composé des mêmes membres, mais en l'absence de représentants de la Commission.

Le G.R.E. était appelé à conseiller et assister la Commission, d'initiative ou sur demande, sur toute question liée aux réseaux et services de communications électroniques. Par la décision modificative 2004/641/C.E. du 14 septembre 2004, la Commission a souhaité clarifier le rôle de l'E.R.G. et le recentrer sur « les tâches liées au contrôle quotidien de l'application du nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques » (considérant n° 2).

⁴³ Décision 2002/627/C.E. de la Commission européenne, du 29 juillet 2002, instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communication, J.O.C.E., L. 200/38, du 30 juillet 2002.

⁴⁴ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, op. cit., p. 209.

2. L'ORECE

Dans le cadre de la révision du cadre réglementaire en 2009, le Parlement et le Conseil ont jugé opportun, sur proposition de la Commission, d'intégrer le G.R.E. dans le système réglementaire européen et d'officialiser son rôle dans l'harmonisation du marché intérieur et le contrôle de l'application du cadre réglementaire. Cette officialisation s'est notamment fondée sur le principe de subsidiarité, dès lors que les objectifs poursuivis par le cadre réglementaire ne pouvaient pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et les A.R.N. isolément⁴⁵.

Le G.R.E. a donc été transformé en ORECE (Body of European Regulators in Electronic Communications – BEREC, en anglais) par le règlement précité du 25 novembre 2009. Selon celui-ci, «l'ORECE devrait remplacer le G.R.E. et jouer un rôle de forum exclusif pour la coopération entre A.R.N., et entre les A.R.N. et la Commission, dans l'exercice de l'ensemble de leurs responsabilités [...]» (considérant n° 6).

L'ORECE est constitué d'un conseil des régulateurs, comportant un représentant par État membre, issu de la haute représentation de son A.R.N., et d'un représentant de la Commission en qualité d'observateur, ainsi que d'observateurs des A.R.N. des pays de l'E.E.E. tiers à l'Union et des pays candidats à l'adhésion à l'Union. Les décisions du conseil des régulateurs sont rendues publiques et les réserves émises par une A.R.N. y figurent à la demande de celle-ci. Le règlement crée, en outre, l'Office, doté de la personnalité juridique, sous la forme d'un organisme de l'Union, chargé d'apporter un appui professionnel et administratif à l'ORECE (article 6). La mise en place de l'ORECE laisse par ailleurs intact l'I.R.G., que le caractère informel a préservé de l'immixtion des institutions européennes.

En vertu de l'article 1^{er}, § 3, du règlement, «l'ORECE exécute ses tâches de manière indépendante, impartiale et transparente. Dans toutes ses activités, l'ORECE poursuit les mêmes objectifs que ceux assignés aux autorités réglementaires nationales (A.R.N.) à l'article 8 de la directive 2002/21/C.E. (directive «cadre»). L'ORECE contribue en particulier à développer le marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques et à améliorer son fonctionnement, en visant à assurer une application cohérente du cadre réglementaire de l'Union européenne pour les communications électroniques».

⁴⁵ Voy. aussi LAVRIJSEN (S.) et OTTOW (A.), « The legality of Independent Regulatory Authorities », in *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, BESSELINK (L.), PENNING (F.) et PRECHAL (S.), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 88-90.

Ses deux principales fonctions sont ainsi, d'une part, de « développer et diffuser, auprès des A.R.N., les meilleures pratiques réglementaires, telles que des approches, méthodes ou lignes directrices communes sur la mise en œuvre du cadre réglementaire » et, d'autre part, d'émettre des avis sur toute initiative de la Commission ou d'autres institutions européennes, ainsi que sur tous les projets de décision des A.R.N., dans le cadre des procédures visées aux articles 7 et suivants de la « directive cadre » ou encore dans le cas de certains litiges entre entreprises (articles 2 et 3 du règlement)⁴⁶. Pour ce faire, la Commission et les A.R.N. sont tenues de lui fournir toutes les informations utiles (article 19).

B. *Les moyens d'action et les procédures suivies par l'ORECE et ses prédécesseurs*

Le mode d'adoption des opinions et autres actes du G.R.E. était, en principe, le consensus⁴⁷. Dans des cas exceptionnels, si le président estimait nécessaire d'adopter une opinion ou position malgré l'absence de consensus, celle-ci était alors adoptée à la majorité des deux tiers⁴⁸. C'est cependant bien le consensus qui était privilégié car, comme l'indique M. de Visser⁴⁹, « the adoption process also fosters a sense of ownership of final documents, making it very likely that their contents are indeed applied ». Le conseil des régulateurs de l'ORECE, qui lui a succédé, statue pour sa part, en principe, à la majorité des deux tiers de ses membres. En pratique, c'est le consensus qui prévaut le plus souvent.

L'engagement des A.R.N. de tenir le plus grand compte des positions du G.R.E. résulte de la Déclaration de Madère d'octobre 2006⁵⁰. Dans ses propres documents, le G.R.E. présentait la portée de ses opinions et positions de la manière suivante :

« The positions or opinions of the Group shall not be binding on its members, but members shall take the utmost account of such positions or opinions. Where national circumstances prevent individual members from applying one of those positions or opinions, their reasoning for not following that position or opinion

⁴⁶ Voy., par exemple, BEREC, *Analysis of the European Commission's Proposal for a Regulation on Roaming COM(2011)402 of 6 July 2011*, août 2011, disponible sur le site internet précité de l'ORECE.

⁴⁷ Article 4.1 Rules of procedure for E.R.G. as proposed by the European Regulators Group, E.R.G. (03) 07.

⁴⁸ Article 4.2 Rules of procedure for E.R.G. as proposed by the European Regulators Group, E.R.G. (03) 07.

⁴⁹ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law, op. cit.*, p. 234-235.

⁵⁰ E.R.G. (06) 51 Madeira Statement on the Development of the E.R.G.

shall be published. Otherwise, parties to a collective position or opinion would be expected to take all appropriate steps to abide by that position or opinion, except in circumstances which could not be foreseen at the time when the position or opinion was agreed»⁵¹.

Ce point de vue a été consacré dans le règlement du 25 novembre 2009, selon lequel «les A.R.N. et la Commission tiennent le plus grand compte de tous les avis, recommandations, lignes directrices, conseils, ou meilleures pratiques réglementaires adoptés par l'ORECE» (article 3, § 3)⁵². Plusieurs dispositions de la «directive cadre», notamment, prévoient même une obligation spécifique de motivation dans le chef des A.R.N., lorsque celles-ci s'écartent de l'avis de l'ORECE⁵³.

Le G.R.E. a adopté de nombreux rapports, états des lieux et autres *benchmarks* sur différents aspects et composantes du marché des communications électroniques. Il a également émis de nombreux avis dans le cadre de consultations publiques lancées par la Commission et organisé lui-même de telles consultations afin de déterminer les nécessités d'harmonisation ou de modification de mesures⁵⁴ ou recommandations existantes. À côté de ces documents essentiellement descriptifs ou préparatoires, l'œuvre de l'ORECE et de ses prédécesseurs est surtout intéressante, pour notre propos, lorsqu'elle prend la forme de positions communes (*common positions*) ou de meilleures pratiques (*best practices*) définissant les méthodes ou mesures susceptibles d'être appliquées uniformément, dans toute la mesure permise par les spécificités nationales, par les différentes autorités de régulation (1). Par ailleurs, la réforme du cadre réglementaire en 2009 a conféré une importance nouvelle aux avis de l'ORECE rendus dans le cadre des

⁵¹ Article 4.4 Rules of procedure for E.R.G. as proposed by the European Regulators Group, E.R.G. (03) 07; E.R.G., *Revised Common Position on Wholesale Bitstream Access*, E.R.G. (03) Rev2; E.R.G., *Common Position on Bitstream Access*, E.R.G. (03) 33 Rev1. Voy. également E.R.G., *Common Position on Wholesale Local Access*, E.R.G. (06) 70 Rev1: «In accordance with E.R.G.'s Statement of October 2006 (E.R.G.(06)51), while E.R.G. Common Positions shall not be binding, E.R.G. members shall be recommended to take the utmost account of them. E.R.G. members commit to provide reasoned regulatory decisions, by reference to the relevant E.R.G. Common Position(s). A member of E.R.G. taking the utmost account of this Common Position would in practice [...]».

⁵² Cette disposition est également confirmée à l'article 3, § 3^{quater}, de la «directive cadre», selon lequel «Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des avis de l'ORECE et de ses positions communes lorsqu'elles adoptent leurs propres décisions concernant leurs marchés nationaux».

⁵³ Concernant certains litiges pour lesquels l'avis de l'ORECE peut être sollicité, toute A.R.N. impliquée dans ce litige doit attendre l'avis de l'ORECE avant d'entreprendre d'autres actions pour régler le litige, sauf la possibilité d'adopter des mesures urgentes si nécessaire (article 21 de la «directive cadre»).

⁵⁴ Voy., par exemple, E.R.G., *Opinion on Functional Separation*, E.R.G. (07) 44, en vue d'inciter la Commission à ajouter cette mesure dans ses propositions de modification du cadre réglementaire.

procédures de notification prévues aux articles 7 et suivants de la « directive cadre » (2).

1. « Positions communes » et « meilleures pratiques »

L'E.R.G. – ou, parfois, l'I.R.G.⁵⁵ – a adopté de nombreuses positions communes et meilleures pratiques pendant sa période d'activités⁵⁶. Celles-ci rappellent quasi systématiquement l'engagement des régulateurs à appliquer, *dans toute la mesure du possible*, les pratiques et principes énoncés par le Groupe. L'E.R.G. ne prétendait pas substituer ses recommandations aux règles et lignes directrices émises par ailleurs par les institutions européennes, mais bien compléter ou expliciter celles-ci⁵⁷.

Le « rapport E.R.G. (09) 36 » fournit le modèle de procédure à suivre pour l'élaboration des positions communes ou de meilleures pratiques⁵⁸ :

- phase 1 : définition du cadre d'intervention du G.R.E. ; il s'agit de vérifier :
 - o la nécessité d'élaborer une position commune (existe-t-il un besoin d'harmonisation, celui-ci constitue-t-il une priorité pour le G.R.E. ?),

⁵⁵ Principles of implementation and best practice regarding cost recovery principles, as decided by the I.R.G. 24 September 2003; Principles of implementation and best practice regarding accounting separation and cost accounting, as decided by the I.R.G. November 2002; Principles of implementation and best practice regarding FL-LRIC cost modeling, as decided by the I.R.G. 24 November 2000; I.R.G., *Regulatory Accounting – Principles of Implementation and Best Practice for W.A.C.C. Calculation*, E.R.G. (07) 05, February 2007.

⁵⁶ E.R.G., *Report on the Transition from Sector-Specific Regulation to Competition Law*, E.R.G. (09) 40; E.R.G., *Amended Guidelines on International Roaming*, E.R.G. (09) 24; E.R.G., *C.P. on Geographic Aspects of Market Analysis*, E.R.G. (08) 20; E.R.G., *Report on Guidance on the Application of the Three Criteria Test*, E.R.G. (08) 21; E.R.G., *Report on E.R.G. Best Practices on Regulatory Regimes in Wholesale Unbundled Access and Bitstream Access*, E.R.G. (07) 53; E.R.G., *Common Position on Symmetry of Fixed Call Termination Rates and Symmetry of Mobile Call Termination Rates*, E.R.G. (07) 83; E.R.G., *P.I.Bs. on W.A.C.C.*, E.R.G. (07) 05; E.R.G., *Revised E.R.G. Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the E.C.N.S. Regulatory Framework*, E.R.G. (06) 33; E.R.G., *Final Report on Transparency Measures on International Retail Roaming Tariffs*, E.R.G. (05) 43 Rev1; E.R.G., *Common Statement on Vo.I.P. Regulatory Approaches*, E.R.G. (05) 12; E.R.G., *Common Position on Regulatory Remedies*, E.R.G. (03) 30; E.R.G., *Common Position on Bitstream Access*, E.R.G. (03) 33 Rev1; E.R.G., *Common Position: Guidelines for Implementing the Commission Recommendation C (2005) 3480 on Accounting Separation & Costs Accounting Systems under the Regulatory Framework for Electronic Communications*, E.R.G. (05) 29.

⁵⁷ « As before, these Guidelines are complementary to the provisions set out in the Regulation, and are not presented as a legal interpretation of those provisions. » (E.R.G., *International Roaming Regulation Guidelines* E.R.G. (07) 86 Rev2; E.R.G., *Amended Guidelines on International Roaming*, E.R.G. (09) 24). Voy. également E.R.G., *Common Position on Best Practice in Remedies Imposed as a Consequence of a Position of Significant Market Power in the Relevant Markets for Wholesale Leased Lines*, E.R.G. (07) 54 : « [the proposed methodology] is not a substitute for any of the legal tests which N.R.As. must carry out before imposing S.M.P. remedies, in particular compliance with the principle of proportionality ». Voy. aussi E.R.G., *S.M.P. Working Document*, E.R.G. (03) 09 Rev3.

⁵⁸ E.R.G., *Report on the Elaboration and Monitoring of Common Positions*, E.R.G. (09) 36, October 2009.

- o la portée et la faisabilité de l'intervention du G.R.E. (les A.R.N. disposent-elles d'une capacité d'action suffisante pour mettre en œuvre la position commune?),
et de définir les objectifs d'harmonisation poursuivis;
- phase 2: *benchmark*: collecte des données, analyse des approches retenues par les A.R.N. et définition de l'approche commune à promouvoir;
- phase 3: élaboration de la position commune:
 - o élaboration d'un *draft* de position commune,
 - o soumission du *draft* à la consultation publique,
 - o finalisation de la position commune et publication.

On peut relever les modes suivants de formulation de ces instruments: «All the above mentioned services *should be* provided as a minimum set of services»; «The N.R.A. *should* have access to all relevant information received by the beneficiaries [...]»; «The notified operator *should* consult beneficiaries [...] N.R.As. may facilitate the discussion and may take decisions if beneficiaries cannot reach agreement»; «Costs *are* only to be recovered once»; «Geographically averaged rentals *are the preferred approach* for pricing L.L.U.»; «Notified operators *shall not* terminate an unbundled local loop to fulfill an Universal Service Obligation» (nous soulignons).

La mise en œuvre concrète de ces positions communes et meilleures pratiques est, en outre, régulièrement vérifiée par le G.R.E., par le biais de rapports de *monitoring*⁵⁹. Ces rapports se basent sur les réponses apportées par les autorités nationales de régulation, analysent les justifications données par les régulateurs pour n'avoir pas mis pleinement en œuvre les recommandations du G.R.E. et établissent un planning pour la réalisation des efforts restant à accomplir⁶⁰.

⁵⁹ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, op. cit., p. 234: «The E.R.G. proposes to monitor compliance with its soft-law instruments through a combination of self assessment by N.R.As. and a quality insurance check by a project team drawn from the other authorities».

⁶⁰ E.R.G., *Vo.I.P. Action Plan to Achieve Conformity with E.R.G. Common Position*, E.R.G. (09) 09; E.R.G., *Annual Reports on Regulatory Accounting in Practice*; E.R.G., *Broadband C.P. Conformity timetable*, E.R.G. (08) 46; E.R.G., *Updated Timetable for Monitoring of Conformity with E.R.G. C.Ps.*, E.R.G. (09) 52; E.R.G., *Updated Timetable for Monitoring of Conformity with E.R.G. Common Positions*, E.R.G. (09) 05; E.R.G., *Broadband C.P. Conformity Timetable*, E.R.G. (08) 46; E.R.G., *Timetable for Monitoring of Conformity with E.R.G. Common Positions*, E.R.G. (08) 19; E.R.G., *Report on Monitoring of Conformity with E.R.G. Common Positions: Lessons Learned from Broadband Questionnaires and Next Steps*, E.R.G. (08) 06.

Le rapport « E.R.G. (09) 36 » fournit également le modèle de procédure pour les rapports de *monitoring*:

- phase 1: envoi d'un questionnaire de *monitoring* aux régulateurs nationaux, visant à obtenir les informations suivantes:
 - o la pratique du régulateur national est-elle conforme ou non aux documents du G.R.E.?
 - o dans la négative, quelles sont les raisons de la non-conformité?
 - o le régulateur a-t-il établi un planning de mise en conformité?
- phase 2: rapport de *monitoring*:
 - o analyse des réponses des régulateurs,
 - o évaluation du niveau de conformité,
 - o conclusions sur l'éventuelle nécessité de revoir certains aspects de la position commune.

L'ORECE a poursuivi le travail du G.R.E. quant à l'énonciation de positions communes et de meilleures pratiques⁶¹. L'ORECE justifie parfois son intervention par l'inadéquation des recommandations et lignes directrices adoptées par la Commission, incapables de suivre l'évolution rapide du marché⁶². À la suite du G.R.E., l'ORECE procède à des vérifications régulières du respect, par les autorités réglementaires nationales, de ses positions communes et meilleures pratiques⁶³.

2. Avis et recommandations

On a déjà eu l'occasion de signaler que, en vertu de l'article 7 de la « directive cadre », les A.R.N. sont tenues de notifier à la Commission et aux autres A.R.N., préalablement à son adoption au niveau national, tout projet de mesure susceptible d'avoir une incidence sur les échanges entre États membres. La Commission dispose alors d'un délai d'un mois pour émettre, le cas échéant, ses doutes « graves » ou « sérieux » et l'A.R.N. concernée doit en tenir le plus grand compte.

⁶¹ BEREC, *Report on Best Practices to Facilitate Consumer Switching*, BoR (10) 34, October 2010.

⁶² Voy., par exemple, le rapport de l'ORECE sur les offres groupées (BEREC, *Report on Bundled Offers*, BoR (10) 64, December 2010), présenté comme un complément aux considérations dépassées et trop générales des lignes directrices de la Commission sur ce sujet; le rapport indique fournir « guidance on how an N.R.A. might define and analyse markets in instances where bundled products are prevalent at wholesale and/or retail level. In particular, the paper identifies conditions that might suggest to N.R.As. the presence of bundle markets ».

⁶³ BEREC, *Monitoring Report on Broadband Common Positions*, BoR (11) 20 final; BEREC, *Action Plan to Achieve Conformity with « E.R.G. Common Position on Symmetry of Termination Rates – E.R.G. (07) 83 »*, BoR (10) 31.

Avant 2009, l'intervention du G.R.E. n'était pas prévue dans cette procédure, mais il a, à plusieurs reprises, décidé spontanément d'émettre un avis sur les doutes sérieux émis par la Commission⁶⁴.

Les articles 7 et 7bis de la « directive cadre » font, à présent, officiellement et systématiquement intervenir l'ORECE dans la procédure de notification. La notification elle-même doit, désormais, également être faite à l'ORECE. Pour pouvoir exiger le retrait d'un projet de mesure ou pour lever les réserves qu'elle aurait exprimées, la Commission « tient le plus grand compte de l'avis de l'ORECE ».

La force juridique de l'avis de l'ORECE est plus précise encore lorsqu'il s'agit de mesures relatives à l'accès ou au service universel. Selon l'article 7bis, § 4 et 5 :

- si l'ORECE partage les doutes de la Commission, l'A.R.N. doit coopérer avec ces deux organes et, en tenant le plus grand compte de leurs notification et avis, elle peut modifier, retirer ou maintenir son projet de mesure ;
- si l'ORECE ne partage pas les doutes de la Commission ou n'émet pas d'avis, la Commission peut :
 - o soit décider de lever ses réserves,
 - o soit recommander à l'A.R.N. de modifier ou retirer son projet de mesure, « y compris en présentant des propositions spécifiques à cet effet et les raisons justifiant sa recommandation, en particulier lorsque l'ORECE ne partage pas les doutes sérieux de la Commission ».

Les avis émis par l'ORECE sur les doutes sérieux de la Commission sont préparés par un groupe d'experts et soumis, après commentaires et corrections éventuelles, au vote des membres du conseil des régulateurs⁶⁵.

L'ORECE a ainsi eu récemment l'occasion d'exercer la compétence visée à l'article 7bis précité, à propos de mesures notifiées par l'A.R.N. polonaise⁶⁶. L'ORECE a adhéré aux doutes sérieux de la Commission et a

⁶⁴ I.R.G./E.R.G., *Work Programme 2010*, E.R.G. (09) 42 Rev1. Voy. Case PL/2009/1019 – The wholesale national market of I.P. traffic exchange (I.P. transit) et Case PL/2009/1020 – The wholesale market of I.P. traffic exchange (I.P. peering) with the network of Telekomunikacja Polska S.A., I.R.G. (10) 02 ; Case SI/2008/0806 – Wholesale access and call origination on public mobile telephone networks, I.R.G. (09) 02 Phase II Case Slovenia 090116 ; Case PL/2008/0766, I.R.G. (08) 18 080626 ; Case PL/2008/0772, I.R.G. (08) 19 080626 ; Case PL/2007/0668 ; Case SI/2008/0806 – Wholesale access and call origination on public mobile telephone networks, I.R.G. (09) 02 Phase II Case Slovenia 090116 ; Case PL/2008/0766, I.R.G. (08) 18 080626 ; Case PL/2008/0772, I.R.G. (08) 19 080626 ; Case PL/2007/0668 ; Case AT/2009/0970 – Wholesale broadband access, I.R.G. (09) 37 ; Case ES/2008/0805 – Wholesale broadband access, I.R.G. (09) 01 Phase II Case Spain 090116.

⁶⁵ Article 13 Règles de procédure du conseil des régulateurs de l'ORECE, BoR (11) 23, révisé en mai 2011.

⁶⁶ Case PL/2011/1255-1258 – Voice call termination on individual mobile networks of Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. e.a., BEREC Opinion BoR (11) 75 ; Case PL/2011/1260 – Revision of dispute settlement

formulé ses recommandations à l'intention du régulateur (« U.K.E. should reassess, should use all efforts, must avoid [...] »). La Commission a diffusé, le 12 janvier 2012, une « déclaration commune »⁶⁷ de la Commission, de l'ORECE et du président de l'autorité nationale de régulation polonaise, faisant rapport de l'entrevue entre les trois parties et concluant au retrait des mesures notifiées par le régulateur, qui s'est engagé à présenter de nouvelles mesures rapidement.

C. *La force normative et la validité des actes non contraignants émis par l'ORECE et ses prédécesseurs*

Les théories de la force normative et de la validité permettent ici également d'apprécier le degré de juridicité des avis, positions communes et meilleures pratiques adoptés par l'ORECE et ses prédécesseurs, sans qu'il soit cependant ni nécessaire ni parfois possible d'effectuer une analyse aussi approfondie que celle réalisée sous le point II ci-dessus. Si l'institution régulatoire européenne est originale, elle nous paraît intégrer le *soft law* de manière plutôt conformiste.

Les valeurs hiérarchiques et déontiques ont déjà été partiellement décryptées. Le caractère non contraignant des actes de l'ORECE est indiscutable, mais, à l'instar de ce que nous avons observé dans le second chapitre, les directives commandent à diverses reprises d'en tenir le plus grand compte. Il n'y a cependant pas d'autres prétentions normatives, ni dans le *hard law* ni dans le contenu des instruments eux-mêmes, qui restent bien plus sagement soumis au cadre réglementaire et plus prudents dans la formulation.

La valeur axiologique des actes de l'ORECE est, par contre, bien plus discutable. C'est l'institution elle-même qui est ici remise en cause du point de vue de la légitimité, emportant avec elle le gigantesque champ de questions qui accompagnent la pratique de la régulation, au niveau national comme au niveau européen. Si les objectifs poursuivis par sa création paraissent légitimes et s'inscrire dans le droit fil de l'harmonisation souhaitée dans le domaine des communications électroniques, sa composition peu démocratique est plus souvent discutée. Le niveau d'expertise de l'ORECE est, par contre, un atout pour renforcer la confiance en l'institution, de même que

decisions concerning voice call termination on the mobile network of AERO2 sp. z o.o. in Poland, BEREC Opinion BoR (11) 76.

⁶⁷ www.uker.gov.pl/_gAllery/50/39/50398/Common_statement__KE_BEREC_UKE.pdf.

la formalisation d'un lieu de rassemblement et de réflexion pour les A.R.N. Celles-ci sont demandeuses : il est beaucoup de petits États membres dont les A.R.N. n'ont pas les ressources suffisantes pour développer ni l'expertise technique ni les moyens d'action d'une autorité centralisée au niveau européen. Sur un plan politique encore, la création de l'ORECE a également été considérée comme permettant indirectement un renforcement du pouvoir de la Commission par rapport aux États membres, souhait largement partagé par le Parlement européen⁶⁸.

La valeur normative des actes de l'ORECE est donc incontestablement non contraignante, mais avec la ferme intention de produire des effets, fût-ce indirects, dans l'ordonnancement juridique des communications électroniques.

La portée normative des actes de l'ORECE ressort principalement, pour sa part, des procédures de *monitoring* décrites ci-dessus. Ceux-ci permettent de constater une grande effectivité, notamment des positions communes et meilleures pratiques : soit les résultats des A.R.N. sont d'emblée positifs, soit ces derniers proposent des agendas concrets pour les améliorer. Cette effectivité est d'ailleurs, assez logiquement, liée aux attentes des A.R.N., qui composent l'ORECE. En outre, cette composition encourage les A.R.N. à respecter les actes de l'ORECE. En ne le faisant pas, ceux-ci seraient décrédibilisés au sein de l'ORECE et les autres membres pourraient en retour ignorer ou dénigrer les avis ou positions pris par leurs représentants dans l'Office ou le collège des régulateurs⁶⁹. Cette sorte de contrainte sociale garantit un haut degré d'effectivité aux documents publiés par l'ORECE.

L'analyse de la garantie normative à l'égard de ces actes demeure par contre, à ce stade, extrêmement difficile à mettre en œuvre, la jurisprudence restant pratiquement muette par rapport aux actes de l'ORECE ou de ses prédécesseurs. Un seul arrêt récent fait référence à un avis du G.R.E., dans un cas où la Cour devait se prononcer sur le respect du principe de proportionnalité d'un règlement fixant des plafonds tarifaires tant pour les prix de gros que pour les prix de détail⁷⁰. Il ne s'agit là que d'une fonction d'interprétation typique des actes de *soft law* pré-législatif. Rien ne devrait

⁶⁸ BLANDIN-OBERNESSER (A.), « La question du renforcement des pouvoirs de la Commission européenne dans la réforme du cadre réglementaire des communications électroniques », in *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, POTVIN-SOLIS (L.) dir., Huitièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 431-435.

⁶⁹ DE VISSER (M.), *Network-Based Governance in E.C. Law. The Example of E.C. Competition and E.C. Communications Law*, op. cit., p. 234. Voy., en effet, les décisions précitées (note 31) de l'OPTA et de l'OFCOM, qui s'appuient toutes deux sur une position commune de l'ancien G.R.E.

⁷⁰ C.J.U.E., 8 juin 2010, *Vodafone et autres*, C-58/08, § 65.

cependant empêcher un juge national ou européen de se saisir de l'abondante activité de l'ORECE, mais il est peu probable que cela conduise à relever le faible degré de juridicité des instruments visés.

Les avis, positions communes et meilleures pratiques de l'ORECE et de ses prédécesseurs peuvent donc se voir reconnaître une force normative modérée mais réelle, qui devrait leur permettre d'intégrer le *soft law* européen, dans sa fonction pré- (avis) ou post-législative (positions communes et meilleures pratiques) et dans la sous-catégorie du droit recommandé au sein du *soft law* périlégislatif. Il convient de souligner également que ces pratiques réglementaires empiètent de manière importante sur le champ du droit dur, non pas tant au niveau européen, mais plutôt au niveau national. Les États membres disposaient déjà de marges de manœuvres particulièrement restreintes dans le domaine des communications électroniques. La croissance de ce type de *soft law* réglementaire réduit plus que jamais le rôle des normes contraignantes nationales⁷¹.

Conclusion

Le domaine des communications électroniques nous paraît ainsi avoir démontré son utilité pour élargir encore un peu les frontières de la théorie du *soft law* dans le droit européen. En effet, si le recours aux actes non contraignants demeure très réduit dans la jurisprudence de la Cour de justice⁷², certains de ces instruments se voient néanmoins reconnaître une grande valeur normative et une très forte effectivité, en étant appliqués ou utilisés de manière systématique par les institutions compétentes de l'Union européenne ou de ses États membres.

Tel est le cas des nombreux instruments de *soft law* prévus par le cadre réglementaire de droit « dur » des communications électroniques. Encadrés par des règles de procédure strictes, qui les rendent très comparables à des mesures d'exécution, ceux-ci intègrent sans difficulté les catégories de *soft law* post- et périlégislatif, tout en étant dotés d'un très fort degré de juridicité. La faible garantie normative de ces instruments empêche cependant de franchir, à ce jour, la limite du *soft law*, pour prétendre à celle de *hard law*,

⁷¹ LAVRIJSEN (S.) et OTTOW (A.), « The legality of Independent Regulatory Authorities », *op. cit.*, p. 95-96.

⁷² La présente analyse repose sur le dépouillement d'environ deux cents arrêts et conclusions spécifiques au domaine des communications électroniques, dont à peine une vingtaine se réfèrent à des actes non contraignants. Comp. cependant avec le droit de la concurrence : STEFAN (O.A.), « European competition *soft law* in european courts: a matter of hard principles? », *op. cit.*

et ce, bien que certains des instruments examinés puissent explicitement compléter ou modifier celui-ci.

Les différents actes issus de la régulation économique, tant sur un plan national que sur un plan européen, n'avaient, pour leur part, été que trop rarement inclus dans la théorie des sources du droit. L'analyse de l'ORECE dans la présente contribution a permis de pallier en partie cette absence et, à plusieurs types d'actes produits par celui-ci, d'intégrer le champ du *soft law*. Énième témoignage de la mouvance continue des frontières de ce concept...