

LA REGULATION DANS LES TELECOMMUNICATIONS : UNE APPROCHE CROISEE DE L'ECONOMIE ET DU DROIT

Thierry PENARD
Professeur à l'Université de Rennes-I

Nicolas THIRION
Chargé de cours à l'Université de Liège

Les télécommunications constituent à n'en pas douter un ensemble d'activités propice à l'analyse du phénomène économique et juridique de la régulation. En effet, l'ouverture à la concurrence réalisée dans ce secteur s'est traduite par une profonde mutation du rôle de la puissance publique en matière de surveillance et de protection des intérêts en présence. Si, auparavant, le monopole que s'étaient arrogés les pouvoirs publics était censé leur permettre de veiller au bon fonctionnement du marché, la suppression de ce monopole, sous l'impulsion des instances communautaires, ne pouvait dès lors se concevoir que moyennant la mise en place, en contrepartie, de garde-fous, destinés à garantir que l'ensemble des intervenants sur le marché (opérateur historique, nouveaux entrants, consommateurs,...) ne soient pas lésés par la libéralisation. Cet ensemble assez disparate de garde-fous est généralement saisi, dans un même mouvement, par le concept de « régulation ».

S'il est malaisé de proposer une définition indiscutable de la régulation (Frison-Roche, 2001 ; Boy, 2001 ; Champaud, 2002), encore est-il possible de s'entendre au moins sur les finalités assignées à celle-ci dans le domaine des télécommunications : il s'agit de prendre en considération la multiplicité d'intérêts présents sur les marchés libéralisés et de faire en sorte qu'un équilibre s'instaure entre, d'une part, les préoccupations économiques qui gouvernent certains de ces intérêts (par exemple, ceux de l'opérateur historique ou des nouveaux entrants) et, d'autre part, les exigences non-économiques qui présidaient déjà au fonctionnement de l'ancien monopole et qui continuent d'être présentes après la phase de libéralisation (ainsi du souci de justice sociale, qui conduit à préserver un minimum de services au profit de l'ensemble de la population, y compris donc les catégories sociales défavorisées)¹. C'est cette nécessité de garantir la pérennité d'un tel équilibre qui, en propre, explique la consécration, parallèlement à la libéralisation des télécommunications, d'un système complexe de régulation de ce secteur. En somme, ce que le monopole public prétendait réaliser directement, la régulation est censée y parvenir par d'autres voies, plus subtiles peut-être, mais qui attestent la part non négligeable que continue de prendre la puissance publique à l'évolution du domaine des télécommunications.

D'où l'idée que la régulation a étroitement partie liée avec certaines politiques de l'Etat ou de ses démembrements. La présente contribution a dès lors pour objet de mettre en lumière cette fonction de la régulation comme instrument de politiques publiques. Dans cette logique, l'avènement d'un système régulateur apparaît non pas comme le témoignage d'un retrait de la

¹ Selon l'OCDE, les objectifs de la régulation dans un secteur comme les télécommunications sont de trois ordres:

- supprimer les barrières à l'entrée ainsi que l'accès privilégié d'une entreprise à des moyens de production rares,
- attribuer les ressources aux entreprises capables d'en faire l'usage le plus efficace,
- traiter efficacement les obligations de service universel.

puissance publique, ainsi qu'il est traditionnellement enseigné, mais, bien au contraire, comme le révélateur d'une autre façon, pour celle-ci, d'intervenir sur le marché des télécommunications. En somme, loin de signer un recul radical de la puissance publique du marché, la régulation en attesterait tout à la fois la pérennité et le caractère protéiforme. L'approche se voulant interdisciplinaire, on examinera cette idée à la fois sous l'angle économique et dans une perspective juridique.

A scruter d'un peu près la régulation dans les télécommunications, on s'aperçoit que celle-ci est essentiellement dominée par trois soucis : d'abord, la volonté de créer et de préserver une concurrence effective sur les marchés concernés (lien avec la politique *antitrust*) ; ensuite, la nécessité de conserver un certain contrôle sur la production et l'évolution de celle-ci (lien avec la politique technologique et industrielle) ; enfin, la préoccupation d'assurer une certaine redistribution en faveur de catégories déterminées de populations ou de territoires (lien avec la politique de redistribution). Si la première préoccupation s'inscrit assez bien dans l'esprit que l'on prête généralement aux phénomènes de libéralisation-régulation, dominé par l'idée de substituer une logique concurrentielle à une configuration monopolistique (1), les deux autres soulignent en revanche la volonté de la puissance publique de continuer à intervenir de façon contraignante sur le marché des télécommunications, contrairement à ce qu'une interprétation erronée de la suppression des monopoles aurait pu faire accroire (2).

1 REGULATION ET CONCURRENCE

La mise en place d'une situation de concurrence constitue l'une des missions majeures de la régulation sectorielle. D'abord, il s'agira de montrer comment les *positions dominantes individuelles* des opérateurs historiques, puis des opérateurs puissants en général, ont conduit à réguler **l'accès au marché** des télécommunications (1.1) ; ensuite, l'évolution de ce marché d'une configuration monopolistique vers une situation de facture oligopolistique aboutit à la possibilité de *positions dominantes collectives*, débouchant notamment sur la nécessité de réguler **les structures tarifaires** (1.2). Cette double analyse permettra de souligner l'importance des liens qui unissent la régulation sectorielle et la politique *antitrust* de l'Union européenne et de ses Etats membres (1.3).

1.1 Positions dominantes individuelles et régulation de l'accès au marché

L'existence de positions dominantes individuelles, surtout à l'orée du processus de libéralisation des télécommunications, a pour l'essentiel posé la question de l'accès aux infrastructures essentielles et de la nécessité d'assurer l'interopérabilité des réseaux (1.1.1). Une illustration d'actualité de cette préoccupation réside dans la théorie des effets de levier sur les marchés de services innovants et dans la nécessité supposée d'en contrôler les effets pervers (1.1.2).

1.1.1 L'accès aux infrastructures de l'opérateur historique et l'interopérabilité des réseaux

Historiquement, la libéralisation du secteur des télécommunications dans l'Union européenne trouve sa source dans l'expérience thatchérienne des années 1980. En effet, depuis l'engagement du processus de privatisation de *British Telecom* en 1980, les autorités publiques britanniques ont procédé au transfert, au profit du secteur privé, du contrôle de la plupart de leurs *public utilities*. Dans le même mouvement, il a été mis fin, lorsque cela était nécessaire, aux droits exclusifs dont jouissaient jusqu'alors les organismes ainsi privatisés. En

somme, les secteurs d'activités dont ils relevaient ont été tout à la fois privatisés et ouverts à la concurrence. Toutefois, la situation spécifique des marchés en cause justifiait que ce mouvement de libéralisation soit accompagné de la mise en place de régulateurs en charge de missions déterminées, auxquels il incombe concrètement de favoriser l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs, sous certaines conditions il est vrai. En somme, la question centrale qu'il convenait d'appréhender dans un système régulateur impliqué dans un processus de libéralisation à peine entamé résidait dans *l'accès de nouveaux opérateurs aux différents marchés dans le domaine des public utilities*. Afin d'assurer le passage, dans des conditions harmonieuses, d'une situation de monopole à une logique de marché concurrentiel, les différents *Acts* de privatisation de *public utilities* ont dès lors procédé à la création d'instances de régulation (ainsi l'*Office of Telecommunications* - en abrégé OFTEL – pour le secteur particulier des télécommunications), chargées de promouvoir la concurrence ou, tout au moins, d'assurer la mise en place d'un système qui garantisse l'efficacité du marché. Il s'agissait probablement là de la tâche la plus significative qui s'imposait aux régulateurs anglais.

Dans le sillage de cette expérience britannique et sur pied de l'article 86.3 du traité CE, la Commission a entrepris, dès la fin des années 1980, un vaste programme de démantèlement des monopoles dans le secteur des télécommunications, en s'attaquant d'abord aux terminaux, puis aux services. De ce dernier point de vue toutefois, l'ouverture à la concurrence était à l'origine limitée : l'infrastructure devait rester l'objet d'un droit exclusif, dans la mesure où l'exploitation du réseau proprement dit était considérée comme un service d'intérêt économique général ; par ailleurs, il convenait de réserver la téléphonie vocale à l'opérateur de réseau, dès lors qu'elle lui assurait l'essentiel de son financement. De surcroît, d'autres services n'avaient pas encore été touchés par ce mouvement originaire de libéralisation. L'ensemble de ces secteurs fut toutefois progressivement ouvert à la concurrence : communications par satellites ; réseaux câblés de télévisions ; téléphonie mobile et, *last but not least*, le réseau public commuté et la téléphonie vocale fixe (à partir de 1998). Ici encore, la volonté des instances communautaires était de favoriser l'entrée de nouveaux opérateurs sur les marchés de télécommunications, afin de stimuler la concurrence au profit des consommateurs. En ce sens, la première mesure technique à prendre résidait dans la suppression des droits exclusifs dont disposaient la plupart des opérateurs historiques.

Une étude de l'OCDE a tenté de mesurer l'impact de ce mouvement de libéralisation dans le secteur des télécommunications (Boylaud, Nicoletti, 2001). Les auteurs, à partir de données sur 24 pays de l'OCDE couvrant la période 1991-1997, concluent que la libéralisation a entraîné une augmentation de la productivité, une baisse des prix et une amélioration de la qualité de service. Ils montrent en particulier que plus un pays se rapproche de la date d'ouverture à la concurrence et plus les prix baissent, tandis que la qualité de service augmente. Ainsi, les effets se feraient sentir même avant la mise en œuvre effective de la libéralisation (effet d'anticipation de ou des opérateurs en place).

Toutefois, ce programme de libéralisation - qui s'inscrivait dans une perspective d'*intégration négative*, pour reprendre une expression chère aux spécialistes de droit communautaire – n'aurait jamais été à lui seul, suffisant pour assurer l'avènement d'un véritable marché intérieur des télécoms : les distorsions technologiques, la disparité des réseaux, les épineuses questions liées à l'interconnexion entre réseaux d'Etats membres différents, voire d'un même Etat membre, nécessitaient aussi une approche qui manifestât une volonté d'*intégration positive*. En l'absence d'harmonisation sur ce point, il eût en effet été aisé à l'opérateur historique d'exciper des disparités technologiques afin de justifier son refus de laisser aux

opérateurs de services l'accès à ses infrastructures. De la même manière, le maintien de telles disparités eût rendu le processus de libéralisation en tant que tel inintéressant et impraticable à bien des égards. Dès lors, parallèlement à l'action de la Commission, le Conseil, puis le Conseil et le Parlement européen, adoptèrent un train de directives d'harmonisation destinées à garantir la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications (*Open Network Provision* - en abrégé ONP -) : d'abord, une directive-cadre² ; puis, une série de mesures d'application, concernant successivement les lignes louées³, les services de transmission de données par commutation de paquets⁴, la téléphonie vocale⁵, l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux⁶, mais aussi l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel⁷. Si un système d'autorisations et de licences, selon les segments d'activités considérés, a aussi été mis en place afin d'éviter l'entrée sur le marché d'opérateurs dotés de compétences techniques, économiques ou financières insuffisantes, les autorités nationales ne disposaient toutefois pas d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans l'attribution des autorisations ou licences : une réelle ouverture à la concurrence devait être stimulée à l'initiative même des Etats membres. L'idée était donc bien que chaque Etat membre devait encourager la concurrence, au besoin en attendant aux positions jusqu'alors inexpugnables de l'opérateur historique dont il était la plupart du temps propriétaire. Il fallait par conséquent faire en sorte que l'opérateur historique n'abuse pas de sa position dominante, notamment en ce qui concerne l'accès à son réseau (considéré comme une facilité essentielle). Tel était en particulier l'objet des directives ONP.

L'architecture globale du processus européen de libéralisation des télécommunications s'appuie donc, à l'origine, sur la question de l'accès au marché et sur la possibilité, pour l'ancien monopoleur, de freiner, de décourager, voire d'empêcher cet accès⁸.

Dans le sillage des exigences du droit communautaire, les différents législateurs nationaux ont dès lors installé des autorités de régulation (ainsi de l'ART en France). Elles ont vocation à jouer un rôle central dans la promotion de la concurrence : si elles n'ont pas toujours le pouvoir d'octroyer elles-mêmes des licences ou des autorisations, elles n'en ont pas moins une compétence d'avis à l'égard de l'autorité ministérielle habilitée à procéder à cet octroi ; elles ont à en contrôler la bonne exécution et sont appelées à trancher les problèmes les plus épineux qui peuvent surgir entre opérateurs. En somme, elles constituent le maillon indispensable qui ménage la transition d'une configuration monopolistique ou à dominante monopolistique à une situation concurrentielle ou à dominante concurrentielle. Toutefois, il s'agit à l'évidence d'une mission de longue haleine, dont la finalité ultime (la mise en place d'une situation de concurrence effective), n'est pas encore atteinte.

S'il est vrai que, sur des marchés où, auparavant, régnait sans conteste une situation monopolistique, la libéralisation conduite sous les auspices des autorités de régulation sectorielles a permis de créer les conditions propices à l'avènement d'une certaine concurrence (le secteur des télécommunications est, de ce point de vue, éclairant), il n'en reste pas moins que les opérateurs historiques restent souvent en situation de position dominante ;

² Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990.

³ Directive 92/44/CE du Conseil du 5 juin 1992.

⁴ Recommandation 92/382/CE du Conseil du 5 juin 1992.

⁵ Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995.

⁶ Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997.

⁷ Directives 95/62/CE et 97/33/CE, citées; directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998.

⁸ Voir Pénard (2002a) pour une présentation des méthodes de régulation de l'accès dans le secteur des télécommunications.

par ailleurs, les entreprises qui sont parvenues à s'installer durablement sur le marché sont relativement peu nombreuses et ont elles aussi acquis progressivement une position importante sur le marché des télécommunications ou, tout au moins, sur certains de ses segments. En conséquence, les conditions d'une concurrence effective sont encore loin d'être réunies dans bien des cas, même si la donne économique a désormais changé et implique donc, comme on le verra⁹, une mutation du régime juridique.

1.1.2 Effet de levier et services innovants

Si la régulation des marchés existants s'impose du fait de la position dominante des opérateurs historiques, faut-il étendre la régulation aux services innovants ou aux marchés nouveaux ? *A priori*, il n'y a aucune raison de réguler un marché émergent sur lequel il n'existe pas, par définition, d'opérateurs historiques. Mais ce n'est pas l'avis de la Commission qui a eu recours plusieurs fois à la théorie du levier pour intervenir sur de tels marchés. Selon cette théorie, une firme dominante sur un marché peut en profiter pour s'imposer sur un nouveau marché connexe. On en trouve encore trace dans l'article 14, § 3, de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (dite directive « cadre »¹⁰), en vertu duquel « lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché ». Cette disposition s'inscrit dans la logique de la jurisprudence *Tetra Pak* de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹, suivant laquelle une entreprise détenant une position dominante sur un marché et une position prééminente sur un marché distinct, mais étroitement connexe, est placée dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause. Grâce à sa position dominante dérivée, un opérateur puissant pourrait freiner, voire empêcher, l'accès au marché connexe.

Une illustration éclairante de cette problématique est celle de la TV par ADSL. L'ART s'est récemment inquiétée du lancement par France Télécom de son service d'accès télévisuel par ADSL " Ma Ligne TV ". Selon l'ART, le risque existe que France Télécom utilise sa position dominante sur la boucle locale pour conquérir le marché de la TV par ADSL et en retour renforce sa position sur le marché du haut débit. En effet, ce risque tient à l'incompatibilité d'être simultanément client de " Ma Ligne TV " et d'un opérateur dégroupé pour l'accès à Internet haut débit. Dans ces conditions, l'ART considère que "la position particulière de France Télécom sur la boucle locale justifie que le régulateur s'intéresse aux conditions techniques et économiques faites par l'opérateur historique pour permettre aux opérateurs alternatifs de construire des offres équivalentes à " Ma Ligne TV " par le dégroupage. En l'espèce il s'agit de questions portant sur les conditions d'hébergement des équipements nécessaires dans les salles techniques de France Télécom, de certaines évolutions opérationnelles des processus techniques et, éventuellement, des conditions de transport du trafic vidéo vers les DSLAM ".

⁹ *Infra*, 1.2.

¹⁰ Cette directive fait partie du « paquet télécoms » de 2002, dont il sera question ci-après (*infra*, 1.2).

¹¹ CJCE, aff. C-333/94 P, *Tetra Pak/Commission, Rec.*, 1996, I, pp. 5951 et s.

1.2 Positions dominantes conjointes et régulation des prix

On est passé en quelques années d'une problématique centrée sur l'accès des tiers au réseau de l'opérateur historique et sur les risques d'abus de position dominante de ce même opérateur à des problématiques plus oligopolistiques. En effet, le processus de libéralisation a favorisé l'émergence, sur les marchés de télécommunications, de nouveaux opérateurs qui sont parvenus à s'implanter durablement et à acquérir, à leur tour, une position importante sur ces marchés. Or, cette mutation structurelle des marchés (d'une situation de monopole ou de quasi-monopole à une situation d'oligopole) engendre de nouveaux problèmes. En particulier, une des tâches centrales dans les années à venir sera de veiller à empêcher les opérateurs de s'entendre sur les prix, c'est-à-dire d'abuser de leur position dominante collective. Le signe de cette évolution est la nouvelle approche communautaire de la régulation par les marchés pertinents qui devrait entrer en vigueur prochainement. Après une analyse des conditions de cette nouvelle approche (1.2.1), on examinera deux hypothèses concrètes d'application (1.2.2).

1.2.1 Marchés pertinents, position dominante conjointe et obligations *ex ante*

Avec la transformation des marchés de télécommunications en structures oligopolistiques, les questions s'orientent davantage vers l'identification d'une puissance de marché (1.2.1.2), laquelle présuppose la détermination du marché pertinent par rapport auquel cette puissance peut être mesurée (1.2.1.1). Dans cette optique, les enseignements du droit communautaire de la concurrence et, singulièrement, de la pratique et de la jurisprudence relative à la prohibition des abus de position dominante (art. 82 du traité CE) sont essentiels et doivent être pris en compte¹². Toutefois, à la différence de l'article 82, il ne s'agit pas ici de sanctionner un ou plusieurs abus *a posteriori*, mais d'imposer des obligations *a priori* (1.2.1.3).

1.2.1.1 La notion de marché pertinent

Les directives européennes (dites du " paquet télécoms ") adoptées en 2002¹³ mettent en place "un nouveau cadre communautaire pour la régulation des communications électroniques". Ces directives sont en cours de transposition en France. Elles prévoient que l'imposition d'obligations *a priori* à des opérateurs de télécommunications doit passer par des analyses des marchés. A cet effet, la directive 2002/21/CE (« directive-cadre ») prévoit que la Commission est appelée à formuler une recommandation et des lignes directrices en la matière¹⁴.

¹² V. également en ce sens les 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, *JOCE* du 11 juillet 2002, C 165, pp. 6 et s.

¹³ Quatre directives du 7 mars 2002 (directive 2002/19/CE, dite directive « accès », directive 2002/20/CE, dite directive « autorisation » ; directive 2002/21/CE, dite « directive-cadre » et directive 2002/22/CE, dite directive « service universel »), publiées au *JOCE* du 24 avril 2002, L108, pp. 7 et s. ; une directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (dite directive « vie privée et communications électroniques »), publiée au *JOCE* du 31 juillet 2002, L 201, pp. 37 et s., à quoi il faut ajouter la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés de réseaux et des services de communications électroniques, publiée au *JOCE* du 17 septembre 2002, L 249, pp. 21 et s.

¹⁴ Article 15 de la directive 2002/21/CE.

La démarche d'analyse des marchés comprend, selon la Commission¹⁵, trois étapes essentielles.

La première de ces étapes, qui seule nous intéresse à ce stade de la démonstration, réside dans la définition du marché pertinent, qui consiste à en définir les frontières, d'abord en termes de produits, principalement sur la base de critères de " substituabilité " par la demande et par l'offre. En effet, selon la Commission, "un **marché de produits** en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés." A cette définition par les produits, s'ajoute une définition en termes de zone géographique : "le **marché pertinent géographique** comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées concourent à l'offre et à la demande des produits ou services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable "¹⁶.

La Commission européenne a de la sorte identifié 18 marchés pertinents de gros et de détail susceptibles d'être soumis à une régulation sectorielle. Par exemple, dans le secteur de la téléphonie mobile, elle a identifié trois marchés de gros : la terminaison d'appel vocal à destination des réseaux mobiles, l'itinérance internationale et les appels au départ des réseaux mobiles.

Il est néanmoins possible aux autorités réglementaires nationales de définir, dans des conditions prévues par la directive « cadre »¹⁷ et précisées dans la recommandation et les lignes directrices de la Commission, des marchés autres que ceux énumérés dans ladite recommandation.

1.2.1.2 La notion de puissance de marché

Deuxième étape dans la démarche d'analyse des structures des marchés de télécommunications suivant la nouvelle approche des instances européennes : l'identification des opérateurs qui peuvent disposer d'une position dominante, appelés « opérateurs puissants ». Cette détermination s'effectue à partir du calcul des parts de marché, mais aussi des barrières à l'entrée (concurrence potentielle), du pouvoir des clients et fournisseurs... Ces différents critères permettent de se faire une idée du caractère concurrentiel ou non du marché.

Différents opérateurs présents sur le marché peuvent ainsi occuper une position dominante *conjointe ou collective*¹⁸, concept déjà présent dans le texte de l'article 82 du traité, mais aux contours bien malaisés à cerner. Il a en effet fallu attendre les arrêts *Gencor* (du TPI)¹⁹ et

¹⁵ Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOCE* du 8 mai 2003, L 114, pp. 45 et s.

¹⁶ Voir Glais (2003) ou Philippe (1998) pour une présentation des méthodes que peuvent utiliser les régulateurs pour délimiter un marché pertinent.

¹⁷ Article 15, § 3, de la directive « cadre ».

¹⁸ A comparer avec la position dominante *individuelle* de l'opérateur historique dans la problématique de l'accès au marché (*supra*, 1.1.1).

¹⁹ TPI, aff. T-102/96, *Gencor/Commission, Rec.*, 1999, II, pp. 753 et s.

Compagnie Maritime Belge (de la CJCE)²⁰ pour disposer de quelque lumière sur cet obscur objet du désir (de connaissance). Ainsi, selon la Cour, afin de prouver que deux entreprises ou plus détiennent une position dominante conjointe, il est nécessaire d'examiner si les entreprises concernées constituent ensemble une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs sur un marché déterminé²¹. Tel est le cas :

- lorsqu'il n'existe pas de concurrence effective entre les entreprises concernées ;
- lorsque ces dernières adoptent une même ligne d'action ou une politique commune sur le marché en question.

Ce n'est qu'en cas de réponse positive qu'il convient d'examiner si l'entité collective en cause détient une position dominante sur le marché pertinent. En revanche, point n'est besoin d'établir l'existence de liens structurels entre les différents opérateurs (ex. : participations réciproques ou rapports d'affiliation)²².

C'est de cette jurisprudence que s'inspire la Commission dans ses lignes directrices afin d'analyser la notion de puissance de marché dans le secteur des télécommunications²³.

1.2.1.3 L'imposition d'obligations *ex ante*

Enfin, troisième étape annoncée : la définition de « remèdes », sous forme d'obligations proportionnées aux problèmes concurrentiels identifiés. A la différence de l'article 82, qui ne vaut que comme mécanisme de sanction *a posteriori* d'abus de position dominante identifiés, le nouveau régime en matière de télécoms prévoit la possibilité, pour les autorités réglementaires nationales, d'imposer *a priori* aux entreprises préalablement considérées comme puissantes, en application des deux premières étapes, des obligations spécifiques. Ainsi que l'indiquent les lignes directrices de la Commission, « l'objectif visé par l'imposition d'obligations *ex ante* aux entreprises désignées comme puissantes sur le marché est de garantir que ces entreprises ne puissent utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur le marché pertinent ni faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents²⁴ »²⁵.

Encore convient-il d'éviter tout excès autoritaire en la matière. A cet égard, les directives encadrent le type d'obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs : publication d'une offre de référence, contrôle tarifaire, séparation comptable ... Plus encore, dans le respect des principes gouvernant une économie libérale, les autorités réglementaires nationales devront justifier les raisons pour lesquelles elles estiment nécessaire d'imposer de telles obligations *ex ante*. De surcroît, les obligations ainsi imposées devront être strictement proportionnées aux besoins de la protection d'une concurrence effective. Le dessein poursuivi est ainsi de combiner harmonieusement liberté d'action des opérateurs et garantie de la structure concurrentielle des marchés.

1.2.2 Applications ponctuelles

²⁰ CJCE, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge e.a./Commission*, Rec., 2000, I, pp. 1365 et s.

²¹ CJCE, *Compagnie Maritime Belge*, précité, point 39.

²² TPI, *Gencor*, précité.

²³ V., en particulier, les points 86 et s. de ces lignes directrices.

²⁴ On perçoit, ici aussi, l'influence de la théorie de l'effet de levier.

²⁵ Point 16 des lignes directrices de la Commission.

Quoi qu'il en soit, l'approche générale de la Commission européenne mérite d'être examinée plus concrètement, au travers de deux illustrations ponctuelles en matière de téléphonie mobile : la collusion en matière de prix (1.2.2.1) et, dans une perspective davantage d'actualité, la terminaison d'appel sur le réseau mobile (1.2.2.2).

1.2.2.1 Téléphonie mobile et parallélisme des prix

Une des difficultés à laquelle seront confrontés les régulateurs dans le cadre de la nouvelle approche des instances communautaires tient à l'appréciation des parallélismes de prix sur les marchés des télécommunications. Le parallélisme des prix définit une situation dans laquelle une annonce de prix par une des firmes est immédiatement reprise par l'ensemble des concurrents. Lorsque les autorités concurrentielles constatent sur un marché des variations de prix de même ampleur et aux mêmes dates, elles peuvent présumer l'existence d'une collusion explicite ou tacite entre les firmes. Toutefois, comme l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne, « il doit être noté que le comportement parallèle ne peut être regardé comme une preuve de concertation à moins que la concertation constitue la seule explication plausible d'un tel comportement. Il est nécessaire de garder à l'esprit que si l'Article 85 [81] du traité interdit toute forme de collusion qui entrave la concurrence, il n'enlève pas aux agents économiques le droit de s'adapter intelligemment aux comportements existants et anticipés de leurs rivaux »²⁶.

Cette doctrine du parallélisme conscient est apparue en 1954 aux Etats-Unis dans l'affaire *Theatre Entreprise*²⁷. Selon cette doctrine, la concertation sera l'explication la plus probable d'un parallélisme de prix si la structure du marché ne constitue pas un oligopole étroit. En général, un oligopole étroit est caractérisé par une forte concentration, des barrières à l'entrée élevée, une transparence sur les prix. Ce type de marché est qualifié de propice à la collusion. Sur un tel marché, les ajustements peuvent être rapides et identiques, sans aucune concertation. « En conséquence, il faut s'attendre à ce que toutes les firmes répondent en même temps à des chocs exogènes, qu'il y ait collusion ou non. La simultanéité des changements de prix n'est donc pas une preuve de collusion »(Phlips [1993], p37). En revanche, un marché faiblement oligopolistique a peu de chance de générer des parallélismes de prix de manière spontanée, les firmes ayant des divergences d'appréciation sur le niveau des prix ou sur la date d'annonce de ces prix. Ainsi, les firmes ne disposant pas des mêmes informations sur la nature et l'ampleur des changements économiques (demande, coût,...), le jeu concurrentiel sur un tel marché devrait conduire à des ajustements plus lents et à des réponses différenciées du moins temporairement.

La constatation d'un parallélisme de prix n'aura dès lors pas la même signification et la même valeur juridique, selon que le marché est un oligopole étroit ou non. Dans le premier cas, il ne constitue pas une preuve en soi et doit s'accompagner d'autres éléments à charge ; dans le second, il peut apparaître comme une pièce centrale de l'accusation de collusion. Le secteur des télécommunications relevant du premier cas (oligopole étroit), le traitement des parallélismes de prix constitue donc un réel défi pour le régulateur.

²⁶ Arrêt *Pâte à bois* de la Cour de justice de l'Union européenne du 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, I, pp. et s.

²⁷ « Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy ; but conscious parallelism has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely », *Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Co* (346U.S.537, 540-541).

L'exemple de la téléphonie mobile en France illustre bien la difficulté de trouver une réponse adaptée à des parallélisme de prix. Ce marché composé de trois opérateurs est très concentré avec des barrières à l'entrée réglementaire qui empêchent l'arrivée de tout nouvel opérateur²⁸. Par ailleurs, ce marché présente de nombreux signes de parallélismes (sur le prix des appels fixes vers mobile, sur le prix des SMS). La question clé est de savoir comment interpréter ces signes. Est-ce le résultat d'une collusion explicite ou le résultat d'une concurrence normale ? L'association de consommateurs "UFC que choisir" a récemment accusé les opérateurs d'entente en prix sur les SMS et le Conseil de la Concurrence s'est saisi de cette affaire. Mais cette procédure a peu de chance d'aboutir à une condamnation. Tout d'abord, ce marché comme nous l'avons vu est un oligopole étroit qui est propice à des phénomènes de coordination tacite (sans concertation explicite et donc ne violant pas le droit de la concurrence). Par ailleurs, les opérateurs mobiles ne sont pas en situation de concurrence directe sur le marché des SMS, mais plutôt en situation de quasi-monopole. En effet, le prix des SMS fixé par un opérateur ne concerne que les seuls abonnés aux services vocaux de cet opérateur. Ces abonnés sont relativement captifs et ne vont pas changer d'opérateur pour bénéficier d'un prix unitaire de SMS plus faible (la concurrence porte plutôt sur les forfaits combinés appels+SMS). D'ailleurs, la comparaison des prix des SMS en Europe montre qu'il n'existe pas de lien entre le nombre d'opérateurs en concurrence et le niveau des prix. Par exemple, le prix unitaire des SMS (hors forfait) était compris entre 0,18 et 0,23 euros aux Pays Bas qui compte 5 opérateurs, alors que le prix des SMS en France qui compte 3 opérateurs est de 0,15 euros (tout comme la Belgique ou l'Espagne)²⁹. De même, les quatre opérateurs du Royaume-Uni affichent des prix entre 0,159 et 0.191 euros, alors que les prix au Portugal (3 opérateurs) sont fixés à 0,103 euros.

Au final, la politique de la concurrence est souvent désarmée pour intervenir sur des situations collusives en présence d'oligopoles étroits, car il n'y rien d'illégal dans le fait de fixer des prix parallèles si les décisions ont été prises en toute indépendance. Selon Fisher [1987], l'application de la législation concurrentielle aux oligopoles étroits et « naturels » serait vaine. D'une part, les chances de succès en cas de poursuites sont faibles. D'autre part, même si les autorités *antitrust* condamnent les entreprises en question, il est probable que la situation collusive se maintienne à l'issue de la procédure, sauf à recourir à des remèdes structurels (par exemple, en démantelant certaines de ces entreprises ou en favorisant l'entrée de nouveaux concurrents, mais le remède peut être pire que le mal, s'il détériore la compétitivité et l'efficacité du secteur).

En fin de compte, on peut se demander si la régulation sectorielle n'inciterait pas à la collusion. Cette question trouve tout son sens en ce qui concerne le marché français de la téléphonie mobile. Le régulateur en limitant le nombre d'opérateurs en place facilite tout d'abord l'émergence de situations collusives. Mais surtout, l'ART en convoquant régulièrement les opérateurs mobiles à des tables rondes pour discuter des prix, en les encourageant à fixer des prix raisonnables (sur les terminaisons d'appel), ne facilite-t-elle pas une collusion, certes modérée, mais bien réelle? Alors que la politique de la concurrence a pour principe de ne tolérer aucun comportement collusif, la régulation sectorielle semble accepter des niveaux limités ou raisonnables de collusion (de choix concerté des tarifs), l'objectif étant d'empêcher les situations fortement collusives caractérisées par des prix et des profits anormalement élevés (même lorsqu'elles ne résultent d'aucun accord formel). Cette forme de régulation n'est pas sans rappeler une approche des marchés à la Posner [1976]. Ce dernier préconisait de sanctionner les firmes, sur la base des prix, des ventes et des

²⁸ Même si on devrait assister prochainement à l'entrée d'opérateurs mobiles virtuels.

²⁹ Voir la note d'analyse de l'ART sur les SMS.

performances observés sur le marché. Selon Posner, il s'agissait de condamner les entreprises non sur leurs intentions, mais sur leurs comportements effectifs. A trop s'attacher aux intentions, on prend le risque de poursuivre des firmes ayant cherché à se concerter sans succès, alors qu'on laisse faire des firmes qui sans se concerter ont réussi à établir des niveaux de prix supra-concurrentiels, au détriment des consommateurs et de l'efficacité économique. Pour identifier des comportements et des prix effectivement collusifs, Posner avait établi une série de tests économiques. Il considèrait ainsi que des parts de marché stables, des discriminations de prix, un parallélisme dans les prix, dans les capacités ou dans la production, un déclin de la part de marché du leader, des profits anormaux, une stabilité des prix face aux changements de demande ou de coûts étaient des indices sérieux en ce sens. L'intérêt d'appliquer cette approche aux marchés des télécommunications est que le régulateur sectoriel dispose souvent des informations nécessaires pour inférer la nature de l'équilibre ou le degré de concurrence sur le marché. Il observe assez bien les coûts ou la demande sur le marché contrairement à la plupart des marchés relevant du droit commun de la concurrence. Toutefois, le risque avec cette approche consistant à éventuellement condamner les opérateurs sur la seule base des prix, des parts de marchés et des profits observés (même en l'absence de preuves d'un accord) est de conduire à de longues et stériles batailles d'avocats et d'experts économiques).

1.2.2.2 Téléphonie mobile et terminaison d'appel

Le marché français de la téléphonie mobile s'est caractérisé jusqu'à très récemment par des prix excessifs des appels fixe vers mobile. Ces tarifs s'expliquaient très largement par les prix élevés de la terminaison d'appel imposés par les opérateurs mobiles. Ces revenus sur les terminaisons d'appel ont représenté jusqu'à un tiers des revenus des opérateurs mobiles et leur ont permis de financer les subventions d'accès offertes aux nouveaux abonnés mobiles (Pénard, 2002b). La terminaison d'appel vocal fixe vers mobile en France a encore représenté en 2002 un volume de trafic de 10 milliards de minutes pour un chiffre d'affaires de 2,2 milliards d'€, soit un prix moyen de 22 c€ par minute

L'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) est intervenue à partir de 1999 afin que les tarifs d'interconnexion réclamés par Orange France et SFR baissent. Elle a estimé que ces deux opérateurs étaient puissants, car, d'une part, ils détenaient plus de 25% sur le marché de la téléphonie mobile (défini comme le marché de détail des abonnements à un service de téléphonie mobile) et, d'autre part, ils détenaient plus de 25% sur le marché global de l'interconnexion (réseaux fixes et mobiles). Elle a imposé en 2001 une baisse de 40% de la terminaison d'appel sur ces deux réseaux pour la période 2002-2004, aboutissant en 2004 à un tarif de gros de 15 centime d'euros par minute. En revanche, à cette époque, l'ART avait considéré que Bouygues-Télécom n'était pas un opérateur puissant, dans la mesure où cette entreprise ne possédait pas 25% de part de marché sur le marché de la téléphonie mobile. Il est intéressant de relever cette asymétrie de traitement sur la régulation des terminaisons d'appel qui a prévalu jusqu'à cette année.

Parallèlement, la terminaison mobile vers mobile n'était jusqu'à présent pas facturée en métropole. Les opérateurs mobiles appliquaient le système de compensation dit de *Bill-and-Keep*³⁰. Ce système est bien connu dans l'Internet puisqu'il régit de très nombreux accords d'interconnexion entre opérateurs de réseau Internet. Ces accords dit « de peering » consiste pour les deux signataires à prendre en charge le trafic Internet du partenaire (provenant des clients de l'autre réseau et à destination de ses propres clients), sans aucune compensation

³⁰ *Bill-and-Keep* : chaque opérateur facture les appels à ses abonnés et garde l'intégralité des recettes.

monétaire. Les coûts propres de l'interconnexion (bande passante ou passerelle entre les deux réseaux Internet) sont généralement partagés à part égale (DangNguyen, Pénard, 2000).

La nouvelle approche par les marchés pertinents, inscrite dans le « paquet télécoms » de 2002, remet en cause l'approche suivie par l'ART. Dans ce nouveau cadre de régulation communautaire, les trois opérateurs sont désormais puissants sur la terminaison d'appel, (ou, en d'autres termes, exercent une puissance significative sur ce marché). En effet, le marché pertinent n'est pas le marché de détail des services vocaux de téléphonie mobile ou le marché global de l'interconnexion, mais le marché des services de terminaison d'appel vocal provenant de réseaux fixes ou mobiles. Selon la nouvelle analyse de l'ART, il existerait trois marchés distincts de la terminaison d'appel, le marché de la terminaison sur le réseau Bouygues-Télécom (sur lequel Bouygues détient 100% de parts de marché), le marché de la terminaison sur le réseau SFR (SFR ayant 100% de parts de marché) et enfin le marché de la terminaison sur le réseau Orange (Orange ayant 100% de parts de marché)³¹. Il est donc intéressant de voir combien la nouvelle approche par les marchés pertinents conduit l'ART à réviser complètement sa position vis-à-vis des opérateurs et des mesures de régulation à mettre en œuvre. Dans cette perspective, l'ART propose trois mesures :

- 1° l'imposition d'une obligation de transparence et de non-discrimination entre les opérateurs fixes et les opérateurs mobiles, ce qui devrait entraîner la *fin du système du Bill-and-Keep* sur les appels de mobile à mobile *avant la fin de l'année 2004* ;
- 2° l'imposition d'une *obligation de publication d'une offre de référence* ;
- 3° *une baisse continue du niveau de la charge de terminaison d'appel* pour tendre en 2007 vers un niveau-cible correspondant aux coûts d'un opérateur efficace, excluant les coûts commerciaux. A cette fin, l'ART souhaite établir un contrôle tarifaire, avec des prix plafonds (*price-cap*) pour les années 2005, 2006 et 2007³².

Il est intéressant de noter que la décision de l'ART de supprimer le système *Bill-and-Keep* entre opérateurs mobiles va dans le sens contraire de l'approche défendue par des économistes de la FCC, notamment Degraha (2000). Ce dernier plaide pour une généralisation du système *Bill-and-Keep* entre opérateurs. Il propose une approche appelée COBAK (pour *Central Office Bill-and-Keep*), qui repose sur deux règles simples. Tout d'abord, la suppression des charges de terminaison d'appel (« First, a called party's carrier cannot charge an interconnecting carrier to *terminate* a call ») : chaque opérateur doit donc recouvrir le coût de sa boucle locale sur ses propres utilisateurs. Ceci évite de transformer n'importe quel petit opérateur en un monopole de fait sur les terminaisons d'appel vers ses clients. La seconde règle impose à l'opérateur à l'origine de l'appel de supporter/financer seul le coût de transmission de l'appel de son réseau au réseau de l'opérateur destinataire ou, pour être plus précis, du commutateur d'abonnés de l'appelant au commutateur d'abonnés de l'appelé. (« Second, the calling party's network is responsible for the cost of transporting a call between the calling party's central office and the called party's central office »). Cette approche vise à une neutralité concurrentielle de l'interconnexion des réseaux et à une simplification de la régulation dans un contexte d'information asymétrique entre le régulateur et les opérateurs (Atkinson, Barnekov 2000). Selon Degraha, le système COBAK permettrait

³¹ Pour bien comprendre, prenons l'exemple du marché de la terminaison d'appel vers SFR. Sur ce marché, les clients sont les réseaux mobiles concurrents, ainsi que les réseaux fixes qui vont demander à SFR d'acheminer les appels émis depuis leurs réseaux (par leurs abonnés) en direction d'abonnés SFR. On voit bien que sur ce type de prestation, SFR est en situation de monopole.

³² Au 1^{er} janvier 2005, est intervenue une première baisse de l'ordre de 16 %, une seconde baisse au 1^{er} janvier 2006 est prévue de l'ordre de 24%. Pour la troisième baisse prévue au 1^{er} janvier 2007, l'ART a préféré ne pas s'engager à l'avance.

d'éliminer les distorsions de nature réglementaire qui conduisent les opérateurs à des arbitrages et des décisions tarifaires inefficaces. L'arbitrage réglementaire renvoie aux stratégies de recherche de profit résultant des différences dans les structures de tarification de l'interconnexion, en particulier dans les terminaisons d'appel. Degraba vise particulièrement les distorsions aux Etats-Unis liées au régime favorable d'interconnexion de la voix sur IP (en provenance de réseaux Internet). Ce régime pénalise les opérateurs de téléphonie fixe et encourage la migration des communications via Internet.

La France connaît aussi de nombreuses distorsions, notamment dans la téléphonie mobile liées aux différences de régimes d'interconnexion. Ainsi, les régimes d'interconnexion fixe national/mobile, international/mobile et mobile/mobile étaient jusqu'à présent très différents en France. Ces différences ont eu de nombreux effets pervers sur les investissements et les tarifs. Par exemple, certains opérateurs ont contourné les charges excessives de terminaison d'appel fixe national vers mobile en procédant à un « reroutage » des appels par des pays tiers (le Royaume-Uni par exemple). Ces reroutages étaient bien évidemment sources d'inefficacité (coût final plus élevé), mais présentaient l'avantage pour l'opérateur d'origine de réduire le coût à sa charge.

Plutôt qu'une harmonisation des régimes d'interconnexion dans le sens d'une généralisation des terminaisons payantes d'appel (avec orientation vers les coûts), l'ART n'aurait-elle pas eu intérêt à opter pour une généralisation du système *Bill-and-Keep* ? En effet, l'intérêt de ce système est d'alléger la réglementation puisqu'il n'est plus nécessaire de contrôler les comptes des opérateurs mobiles (qui par définition sont tous puissants), pour s'assurer que les charges de terminaison sont bien orientées vers les coûts, ce qui limite les litiges.

Toutefois, Wright (2003) nuance le caractère efficace du système *Bill-and-Keep*. Pour certains services de télécommunications, le système *Bill-and-Keep* est sous-optimal. Un système de compensation monétaire se révèle préférable pour stimuler les externalités de réseau (c'est à dire la création d'utilité) et donc accroître le volume des échanges. Notamment, un système de compensation permet des subventions croisées entre appelant et appelé. Les arguments avancés par Wright s'inscrivent dans la théorie récente des marchés à double face (*two sided-markets* : Rochet, Tirole, 2004), des marchés qui mettent en relation deux types d'acteurs (appelant/appelé, acheteurs/vendeurs) et dans lesquels la structure tarifaire appliquée de chaque côté (la répartition des charges entre les deux parties) influence le volume des échanges (Voir Degraba (2002) pour une réponse).

1.3 Synthèse : régulation et politique *antitrust*

Aussi bien dans la phase initiale d'ouverture à la concurrence que dans la phase actuelle, tant au plan de l'accès au marché que sous l'angle de l'évolution des structures tarifaires, la régulation dans les télécommunications semble très largement inspirée par la politique *antitrust*. La régulation sectorielle ne se réduirait-elle pas dès lors à une forme spécifique de politique *antitrust*, plus intensive et plus fine (en raison de moyens humains et financiers plus importants) ? On peut, il est vrai, établir une différence de taille entre la politique *antitrust* et la régulation sectorielle : si la politique *antitrust* est une **politique probabiliste** comportant des risques d'erreur de première espèce (poursuivre à tort des firmes innocentes) et de seconde espèce (laisser faire des firmes ayant des comportements illégaux), la régulation sectorielle est plutôt une **politique déterministe** (aucune chance d'échapper à la surveillance des autorités ; les risques d'erreur de première et seconde espèce sont donc rares, mais il existe alors des risques de « sur-intervention »). Pour dire les choses d'une autre façon,

là où la politique *antitrust* traditionnelle intervient essentiellement *a posteriori*, la régulation sectorielle est construite selon un paradigme *a priori*. Du point de vue de l'analyse coût-avantage, cette politique présente sans doute quelques inefficacités (certaines interventions coûtent plus qu'elles ne rapportent).

On pourrait dès lors s'interroger sur l'intérêt de maintenir en Europe une régulation relativement contraignante et coûteuse dans un secteur qui ne représente finalement qu'un faible pourcentage du PIB. En effet, la régulation sectorielle mise en place dans les télécommunications au cours des années 1990 a été justifiée par la structure monopolistique du marché : l'existence d'un monopole disposant de facilités essentielles était de nature à empêcher le développement d'une concurrence saine et équilibrée. Si l'on pouvait comprendre à l'époque ces arguments, comment justifier cette même régulation sectorielle dix ans après, alors que la structure du marché des télécommunications est devenue plus commune, c'est-à-dire de nature oligopolistique ? Certes le secteur est loin d'être fortement concurrentiel : le degré de concentration y est très élevé. Toutefois, il existe de très nombreux autres secteurs qui présentent des niveaux de concentration comparables et pour lesquelles une régulation sectorielle n'a pas été mise en œuvre (construction aérienne, navale ou ferroviaire, fabrication d'équipements de télécommunications ...). Pourquoi, dans ces conditions, concentrer autant de moyens sur ce seul secteur, alors qu'il existe bien d'autres secteurs, aussi importants sur le plan stratégique et tout aussi peu concurrentiels que les télécommunications ?

On peut rattacher cette discussion à la réforme de la politique *antitrust* dans l'Union européenne, avec, notamment, le passage, sous l'angle de la mise en œuvre de l'article 81, § 3, du traité CE, d'un système de notification obligatoire (contrôle systématique *ex ante*) à un système d'exception légale (contrôle *ex post*). L'intérêt de ce changement est de concentrer les moyens sur la lutte contre les cartels et de mieux traquer ainsi des infractions consubstantielles à des ententes qui n'étaient jamais notifiées. Avec la suppression de l'obligation de notification, les moyens de la Commission vont pouvoir être réalloués à la surveillance des marchés propices à la collusion. Cette évolution permet ainsi de s'interroger sur la pertinence d'un modèle *a priori* de régulation sectorielle (Pénard, Souam 2002).

Au-delà de ces débats d'opportunité, on peut en outre, à l'instar de Frison-Roche (2001, p. 612), faire le départ entre les secteurs où les mécanismes régulateurs paraissent, du moins en l'état actuel des techniques, indispensables à titre permanent et ceux où le caractère simplement transitoire de la régulation peut désormais se concevoir.

Dans la première hypothèse, caractérisée par la persistance de monopoles naturels (ex. : le transport d'énergie), l'autorité de régulation est appelée à perdurer car, aussi longtemps que subsiste l'impossibilité de faire jouer efficacement le jeu de la concurrence sur certains segments d'activité, il faut éviter que le bénéficiaire du droit exclusif en use - plus exactement : en abuse - dans le but d'en tirer un quelconque profit dans le cadre d'activités soumises, elles, désormais à une pression concurrentielle. Compte tenu de la technicité des problèmes en cause, liée en particulier à la spécificité des marchés concernés, les mécanismes régulateurs conservent alors toute leur légitimité.

Dans la seconde hypothèse, que l'ensemble des secteurs afférents aux activités de télécommunications illustre précisément assez bien, il n'est pas déraisonnable de penser qu'une fois la phase de mise en place d'une concurrence effective menée à son terme, les instruments classiques du droit *antitrust* permettront, à eux seuls désormais, de sanctionner à suffisance les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans le cadre de la gestion des réseaux de

télécommunications, les mécanismes régulateurs initiaux pourraient alors céder toute la place, en particulier, à la théorie des infrastructures essentielles (*essential facilities*), progressivement accueillie, comme on le sait, par la jurisprudence communautaire en matière de concurrence³³.

2 REGULATION ET INTERVENTIONNISME ETATIQUE

L'interventionnisme étatique concerne d'abord le droit de regard que se sont arrogés les pouvoirs publics sur l'évolution de la production dans le secteur des télécommunications (2.1) ; il touche ensuite au souci d'assurer une certaine équité entre les citoyens et entre les territoires : la volonté d'assurer une certaine redistribution dans le cadre du fonctionnement du marché libéralisé y est alors prédominante (2.2).

2.1 Régulation et production

D'un point de vue juridique, la possibilité reconnue aux autorités publiques de surveiller l'évolution de la production et l'orientation de celle-ci prend la forme d'un pouvoir de standardisation ou de normalisation contraignant (2.1.1). Ce faisant, la régulation est de nature à jouer un rôle important dans la politique technologique et industrielle des pouvoirs publics (2.1.2).

2.1.1 La standardisation/normalisation contraignante

Assez logiquement, la phase d'ouverture initiale à la concurrence du secteur des télécommunications s'est accompagnée d'un effort de standardisation des produits et services fournis. Et pour cause : sans cet effort de rapprochement des techniques, la mise en place d'une situation concurrentielle là où régnait jusqu'alors le monopole de l'opérateur historique eût été un vœu pieux. Comment, en effet, réaliser cette concurrence si, entre autres exemples, des problèmes de compatibilité se posent en matière de terminaux de télécommunications, si l'interopérabilité des réseaux s'avère impossible ou trop coûteuse en raison de barrières techniques ou bien encore si les disparités technologiques rendent malaisées les potentialités d'interconnexion ? Par la force des choses en quelque sorte, il fallait bien que ces difficultés techniques soient aplanies pour permettre le processus de libéralisation. En somme, la standardisation liée à la première phase de la libéralisation constituait un préalable indispensable.

Toutefois, cette première phase accomplie, on aurait pu penser que force devait dès lors être désormais laissée à l'innovation, comme il est admis dans le processus concurrentiel classique, tout au moins dans un schéma schumpétérien. Or, ce n'est pas dans cette voie que s'orientent les autorités publiques, européennes ou nationales. Elles continuent de s'occuper activement des évolutions technologiques et industrielles au sein du secteur des télécommunications. Une illustration éclairante de cette tendance réside dans la place accordée à la normalisation, le cas échéant contraignante, prévue dans la directive « cadre ».

³³ Sur une évolution de ce type, qui conduit à abandonner purement et simplement les mécanismes régulateurs au profit des seules règles traditionnelles du droit *antitrust*, v. le cas de la Nouvelle-Zélande analysé par H. DUMEZ et A. JEUNEMAÎTRE, « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques marchés de référence », *R.I.D.E.*, 1999, pp. 11 et s., spéc. p. 22.

En effet, si l'intervention sur des marchés émergents peut avoir pour objectif d'aboutir à un effet de standardisation (préférable du point de vue des consommateurs car la standardisation permet d'accroître les effets de réseau - Gandal 2002 -), il n'y en a pas moins, pour l'essentiel, trois moyens d'y parvenir : standardisation par le marché (*de facto*) ; standardisation par coopération entre les firmes et standardisation réglementaire (ou contraignante). Si les Etats-Unis sont plutôt partisans d'une standardisation par le marché, l'Union européenne a clairement opté pour la voie réglementaire. Ainsi, dans la directive 2002/21/CE (« directive-cadre »), l'article 17 prévoit des procédures de normalisation, qui peuvent, le cas échéant, revêtir un caractère contraignant (v., en particulier, les §§ 3 et 4). De ce point de vue, les autorités communautaires se donnent la possibilité d'intervenir sur n'importe quel marché, présent ou à venir : il s'agit là, à l'évidence, d'une prérogative assez exorbitante et éloignée des canons classiques de l'économie libérale.

Gandal et al. (2003) soulignent d'ailleurs les limites d'une standardisation réglementaire ou contraignante, pouvant conduire à des choix technologiquement inefficaces. En effet, le régulateur n'est pas le mieux informé pour prendre des décisions sur le meilleur standard. Ces informations sont détenues par les entreprises qui peuvent alors chercher à capturer le régulateur en lui fournissant une partie seulement des données pertinentes. Gandal et al. prennent comme exemple l'UMTS où l'Europe a choisi par voie réglementaire un standard sous la pression des équipementiers européens, qui s'est révélé après coup complexe à mettre en œuvre. Ceci explique le retard actuel des européens sur la téléphonie mobile de troisième génération par rapport aux américains et japonais, ces derniers ayant laissé le soin aux acteurs de choisir librement leurs standards.

2.1.2 Régulation et politique technologique et industrielle

Dans un premier temps, la standardisation et le dirigisme qui se sont imposés aux opérateurs de télécommunications ont été justifiés par la nécessité de rendre techniquement possible le processus de libéralisation. En somme, à l'origine, il s'agissait du complément indispensable à la mise en place d'une concurrence effective : rien d'autre, au fond, qu'une particularité du système de régulation entendu comme instrument de politique *antitrust*. Ultérieurement toutefois, alors même que la première phase de la libéralisation était dépassée, la régulation dans les télécommunications a fait preuve sur de nombreuses questions d'un dirigisme, notamment sur l'innovation : ainsi de l'UMTS, à travers le calendrier d'attribution des licences et de lancement des services, ou bien *via* les obligations de standardisation. Dans ces hypothèses, il n'est plus question de créer les conditions d'un passage d'une situation monopolistique à une configuration davantage concurrentielle et de prendre les mesures techniques préalables qui s'imposent, mais bien de contrôler ou de surveiller l'évolution de la production, de favoriser certaines orientations plutôt que d'autres, d'imposer des contraintes diverses, etc. Dans cette perspective, la régulation ne joue-t-elle pas un rôle bien différent de celui qui lui est assigné dans le cadre de la politique *antitrust* ? N'est-elle pas désormais, aussi, un instrument de politique technologique et industrielle ? Certes, l'expression a quelque chose de daté, dans un contexte où l'intervention de l'Etat sur le marché est perçue avec méfiance ; mais n'est-ce pas de cela, au fond, qu'il s'agit, en ce compris dans les mesures dérivées du paquet télécoms de 2002 ?

2.2 Régulation et redistribution

Autre volet politique assigné à la régulation en matière de télécommunications : la redistribution (2.2.3). Celle-ci revêt essentiellement deux modalités concrètes : d'une part, la

création d'un service universel, destiné à garantir un minimum de services aux consommateurs, selon des critères d'accessibilité, d'égalité et de prix abordables (2.2.1) ; d'autre part, la dévolution d'un certain nombre de prérogatives aux collectivités locales afin, notamment, de réduire les inégalités territoriales dans le domaine numérique (2.2.2).

2.2.1 Régulation et service universel

2.2.1.1 La notion de service universel

Concept emprunté au droit américain, le service universel, apparu pour la première fois dans le Livre vert de la Commission en matière de télécommunications³⁴, a ensuite essaimé dans de nombreuses résolutions avant de recevoir la consécration dans des actes de droit dérivé, dont le dernier en date est la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002.

Même s'il apparaît nécessaire, dans la perspective somme toute classique des droits nationaux - tout du moins lorsqu'ils admettent une conception fonctionnelle du service public -, d'identifier le type d'*activités* que recouvre le service universel, ce type de démarché est complexe : une telle approche donne en effet des résultats contradictoires, tant il est vrai qu'entre la Commission et le Conseil, entre les balbutiements de 1990 et la libéralisation totale prévue à partir de 1998, entre les directives ONP de la seconde moitié des années 1990 et le paquet télécoms de 2002, les réponses ont souvent varié. Limité de prime abord à l'exploitation du réseau public commuté, il s'est par la suite étendu à la téléphonie vocale fixe, voire aux services annexes, tels que la fourniture d'annuaires ou de cabines téléphoniques sur l'ensemble du territoire.

Certes, fera-t-on valoir, la notion de *service universel* est évolutive³⁵ ; après tout, n'en a-t-il pas été de même, en droit français, pour la notion de *service public*, qui n'a cessé de s'enrichir au fil du temps ? L'argument peut certes être retenu ; mais on doit néanmoins reconnaître, selon nous, que ce qui fait la spécificité du service universel dans la définition qui en a été retenue en fin de compte, c'est essentiellement l'importance accordée à la teneur du *régime spécifique* applicable à une activité donnée ou à un ensemble d'activités. En effet, le service universel se définit de façon générale comme la fourniture d'« un ensemble minimal de services déterminés à tous les utilisateurs finals à un prix abordable »³⁶.

« Un ensemble minimal de services déterminés » : dans la perspective de l'identification précise des activités concernées par une telle périphrase, on ne saurait alléguer que pareille expression est très éclairante ! En vérité, ce qui importe réellement - et qui ressort clairement de la définition -, c'est l'exigence d'*universalité* (« à tous les utilisateurs finals ») et d'*accessibilité* (« à un prix abordable ») qui, seule, permet de caractériser l'obligation de service universel.

Toutefois, le besoin a été ressenti de fixer un cadre minimal recensant les activités auxquelles ce régime spécifique devrait en tout état de cause être appliqué dans l'union européenne. Entamée dans la directive 95/62/CE, cette tâche d'harmonisation minimale s'est poursuivie dans la directive 98/10/CE, puis dans la directive 2002/22/CE en ce qu'elle permet de délimiter un périmètre irréductible d'activités soumises à de telles contraintes : fourniture d'accès ; services de renseignements téléphoniques et d'annuaires ; fourniture de postes

³⁴ COM (87) 290 du 30 juin 1987.

³⁵ V., en dernier lieu, le considérant 25 de la directive 2002/22/CE.

³⁶ Considérant 4 de la directive 2002/22/CE.

téléphoniques payants publics et mesures spécifiques en faveur des utilisateurs handicapés. Chaque Etat membre est ainsi tenu de soumettre au moins les activités énumérées dans la directive 2002/22/CE aux obligations de service universel.

Néanmoins, comment concilier cette obligation d'assurer un service universel, le cas échéant en en confiant l'exécution à un ou plusieurs des opérateurs du marché, avec l'ouverture totale à la concurrence ? En effet, ne se trouve-t-on pas confronté à un risque d'écrémage du marché, au profit exclusif des nouveaux opérateurs, appelés à se focaliser sur les seuls segments rentables ? La déliquescence financière du ou des opérateur(s) en charge d'obligations de service universel n'est-elle pas alors inéluctable ? Le risque est conjuré par la mise en place de mécanismes de financement du service universel, alimentés par un mécanisme d'indemnisation à partir de fonds publics ou un procédé de répartition du coût net des obligations de service universel entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques, et dont bénéficient les prestataires des obligations de service universel.

Le service universel, c'est donc aujourd'hui le téléphone fixe, l'Internet à bas débit, les cabines publiques, les services de renseignements et d'annuaire, en tous points du territoire. Le contenu du service universel n'a donc pas été élargi par la dernière directive européenne. La loi transposant cette directive a dès lors logiquement confirmé sa définition, à une précision près : « *l'accès fonctionnel à Internet* » est en effet désormais intégré dans le périmètre du service universel. Mais cet ajout ne modifie pas pour autant son contour car les communications d'accès à l'Internet à bas débit sont depuis toujours acheminées par le réseau téléphonique commuté et donc déjà prises en compte *de facto* dans le périmètre actuel du service universel. Une éventuelle extension de celui-ci à l'accès à l'Internet à haut débit pourra être toutefois examinée dans le rapport que le Gouvernement français remettra au Parlement avant le 1^{er} mars 2005, les textes européens précisant en effet que la portée du service universel pourra être revue deux ans au plus tard après la date d'entrée en vigueur de la directive.

2.2.1.2 La mise en concurrence des candidats à la fourniture des obligations de service universel

Si la définition même du service universel reste inchangée, l'article 8 de la directive 2002/22/CE met en place un certain nombre de contraintes quant à la désignation des entreprises prestataires (le mécanisme de désignation doit être « efficace, objectif, transparent et non discriminatoire »). A la différence de la situation antérieure, l'opérateur historique ne sera donc plus automatiquement le titulaire du service universel.

La loi du 31 décembre 2003, qui transpose en droit national la directive européenne sur le service universel, supprime dès lors le monopole légal de l'opérateur historique sur le service universel. En effet, la loi du 26 juillet 1996 avait désigné France-Télécom comme l'opérateur en charge du service universel. Désormais, n'importe quel opérateur pourra être désigné à l'issue d'un appel à candidatures comme fournisseur du service universel sur le territoire. Si l'appel à candidature est infructueux, France Télécom en assurera la charge. La loi modifie donc l'organisation du service universel dans le prolongement de la directive 2002/22/CE. La principale nouveauté réside ainsi dans l'ouverture à la concurrence des prestations du service universel. Désormais, tout opérateur peut fournir l'une de ses composantes, à condition d'être capable d'en assurer la fourniture sur l'ensemble du territoire national. Le ou les opérateurs en charge du service universel sont désignés à l'issue d'un appel à candidatures portant sur les conditions techniques et tarifaires, et qui doit intervenir au plus tard le 31 décembre 2004.

Chacune des composantes du service universel pourra faire l'objet d'un lot. Des dispositions transitoires prévoient que France Télécom continue d'assurer les obligations de service public jusqu'à la désignation du ou des opérateurs chargés du service universel.

La procédure d'appel à candidatures sur l'ensemble du territoire permet donc la mise en concurrence de chacune des prestations de service universel. Elle limite le coût du service universel, puisque les coûts nets pris en compte pour son évaluation ne pourront être supérieurs aux engagements pris par l'opérateur dans sa réponse à l'appel à candidatures. Toutefois, l'obligation de fournir sur l'ensemble du territoire national le service universel limite fortement le nombre de candidats potentiels et protège largement les intérêts de France Télécom (cette mise en concurrence constitue davantage un effet d'affichage qu'une volonté de contester le monopole de France Télécom).

La loi élargit par ailleurs à la composante d'annuaires et de services de renseignements le dispositif de « *pay or play* » jusqu'alors réservé à la composante « tarifs sociaux ». Ainsi, tout opérateur fournissant un service de renseignements et un annuaire de type « universel » verra sa contribution diminuée du coût de cette offre.

2.2.2 Régulation et aménagement du territoire

La régulation peut aussi s'inscrire dans des missions d'aménagement du territoire ; ce rôle a été remis à l'ordre du jour avec la question de la fracture numérique. De manière large, la fracture numérique renvoie aux inégalités dans l'accès l'usage des technologies de l'information et de la communication (Montagnier, Muller, Vickery, 2002). Cette fracture peut se décliner à un niveau national (entre individus ou groupes de population d'un même Etat) et à un niveau international (entre Etats). Au niveau national, il existe ainsi plusieurs types de fractures : fracture sur l'accès même à Internet (entre ceux qui ont un accès et ceux qui n'en ont pas) ; fracture sur la qualité d'accès à Internet (entre ceux qui ont ou peuvent avoir l'ADSL et ceux qui ne l'ont pas) ; fracture sur les usages d'Internet (entre ceux qui savent se servir d'Internet et ceux qui ne savent pas - ou pas bien - s'en servir). La fracture sur les usages est appelée fracture numérique de 'second niveau', définie comme la « capacité à trouver de façon efficiente et effective des informations en ligne » et à en tirer un bénéfice (Hargittai, 2002, p.2. V. aussi DiMaggio, Hargittai, Celeste, Shafer, 2004),

Toutefois, cette fracture numérique recouvre aussi une dimension géographique : il existe des inégalités entre régions ou départements et au sein d'un même département. Certains territoires n'ont pas encore accès à l'ADSL et présentent donc un handicap en termes de compétitivité ou d'attractivité. La volonté manifestée par les collectivités locales d'intervenir activement sur les marchés de télécommunications afin de pallier ces carences se heurte au principe traditionnel de la liberté du commerce et de l'industrie (2.2.2.1). Par ailleurs, à supposer cette difficulté surmontée, la problématique risque de se déplacer vers la nécessité d'éviter que cet interventionnisme local se fasse au profit exclusif de l'opérateur historique et au détriment des autres entreprises (2.2.2.2).

2.2.2.1 Interventionnisme public et liberté du commerce et de l'industrie

Si, en vertu de l'interprétation traditionnelle attachée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, seule la loi peut autoriser l'administration (et donc, les collectivités locales) à intervenir directement dans l'économie, l'évolution des pratiques administratives a conduit la jurisprudence et, en particulier, le Conseil d'Etat à pallier les

silences de la loi en vue de satisfaire des besoins progressivement jugés essentiels pour la collectivité, d'assurer au mieux certains besoins publics, compte tenu des conditions nécessaires à leur satisfaction, ou de parer à la carence ou, tout au moins, à l'insuffisance de l'initiative privée (ex. : prix trop élevés). Dans toutes ces hypothèses, l'exigence d'un fondement législatif exprès est déjà écartée ; mais il n'y en a pas moins d'étroites limites assignées alors aux collectivités publiques. Cette jurisprudence, qui s'est surtout développée à propos des services locaux, peut être étendue à l'Etat. Elle témoigne en tout cas de la volonté constante du Conseil d'Etat d'enserrer l'interventionnisme direct des pouvoirs publics dans un carcan, de plus en plus souple certes, mais dont l'existence n'est pas, aujourd'hui encore, remise en cause. En somme, pour la Haute juridiction administrative, dans un système d'économie libérale, l'initiative privée est de principe et l'interventionnisme public n'est admissible que si, explicitement ou implicitement, le législateur a autorisé cette dérogation au principe.

Dans cette optique restrictive, la liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à toute initiative d'une collectivité publique visant à accélérer ou améliorer la concurrence dans un secteur fraîchement libéralisé, dès lors qu'existerait une initiative privée dont il ne serait pas démontré que la cherté des services engendrerait une situation excessivement dommageable pour les consommateurs. Ainsi le tribunal administratif de Nancy a-t-il, dans une décision du 18 mars 1999³⁷, annulé deux délibérations de la Communauté urbaine du grand Nancy par lesquelles celle-ci se proposait de mettre à la disposition d'opérateurs privés de télécommunications son réseau de fibres optiques, afin de favoriser une plus grande concurrence sur la boucle locale. Particulièrement cocasse est la circonstance que ces annulations sont intervenues à la demande de France-Télécom, société détenue alors à 62% par l'Etat, qui figure donc, dans le cas d'espèce, l'initiative privée !³⁸ Depuis 2004, une disposition légale explicite valide toutefois l'intervention des collectivités locales en matière de fourniture de réseaux de télécommunications³⁹. Il incombe donc au législateur de déterminer le degré d'intervention plus ou moins grand des collectivités locales dans le secteur des télécommunications, à défaut de quoi les initiatives locales risqueraient d'être réduites à néant pas les juridictions administratives.

2.2.2.2 Interventionnisme public et égalité de concurrence

Certains élus locaux plaident pour un engagement encore renforcé des pouvoirs publics en cas de carence des acteurs privés. Certaines collectivités souhaiteraient se substituer aux opérateurs privés en devenant opérateurs. Pour l'instant, ces initiatives sont largement encadrés et limités par le cadre réglementaire.

Récemment, France Télécom a lancé un dispositif de partenariat avec les conseils généraux, appelé "Département innovant". Dans un communiqué, l'ART a rappelé que ce partenariat visant au développement des réseaux haut-débit et la promotion des services et usages innovants, devait se faire dans le respect des règles de concurrence et de non discrimination. Ce partenariat se traduit par des réunions de concertation, d'échanges d'information sur les

³⁷ T.A. Nancy, 18 mars 1999, *Dalloz*, 1999, partie « jurisprudence », pp. 617 et s. et la note de Y. LAIDIE, « Libéralisation des télécommunications et aménagement du territoire : les collectivités entre Charybde et Scylla ».

³⁸ V. aussi, à ce sujet : CAMBOT, P., « Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunications », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 965 et s.

³⁹ Art. L.1511-6 C.G.C.T. A ce sujet, v. : LIGNIERES, P. et SIMONIN, G., « Réseaux à haut débit : les collectivités locales peuvent enfin investir en toute sécurité », *Les Petites Affiches*, 1999, n° 243 ; ARNAUD, E., « Collectivités locales et télécommunications », *Droit administratif*, 2002, n° 1.

besoins des populations du département, des actions de promotion et des études. Au delà, cela peut déboucher sur le versement de subventions ou des appels d'offre pour la mise en place de réseaux haut-débit (essentiellement ADSL).

L'ART craint que France Télécom ne se serve de ce partenariat pour mettre en avant ses offres de service ADSL, au détriment des offres des concurrents. Il s'agirait d'un cas classique d'abus de position dominante : France Télécom utiliserait sa position de monopole sur la boucle locale pour étendre son emprise sur les marchés innovants connexes (l'ADSL). L'ART rappelle donc que la mise à disposition, par les conseils généraux, d'informations sur les attentes des acteurs locaux ne doit pas être réservée seulement à France Télécom, mais doit être accessible à tous les opérateurs (principe de symétrie). De même, les actions de promotion du haut-débit doivent être neutres et ne pas mettre en avant les services fournis par les filiales de France Télécom. Enfin, les aides financières devraient être attribuées dans des conditions transparentes, après appel d'offre. Le Conseil de la Concurrence a confirmé cette position (Avis n°04-A-15 du 28 juillet 2004). Il souligne les ambiguïtés et incertitudes de ce dispositif et les abus que pourrait en faire France Télécom. Il demande en conséquence que les informations fournies par les Conseils Généraux à France Télécom ne soient pas soumis à la confidentialité et puissent être accessibles aux opérateurs concurrents.

2.2.3 Synthèse : régulation et politique de redistribution

Dès l'ouverture du processus de libéralisation des télécommunications, les textes européens et, par voie de conséquence, nationaux ont assigné au système de régulation un objectif redistributif : il s'agissait de veiller à ce que l'ouverture à la concurrence ne se traduise pas par une exclusion des consommateurs les plus modestes. Le risque est conjuré par la mise en place d'un service universel, garanti à l'origine par l'opérateur historique et désormais ouvert à une pluralité d'opérateurs, qui constitue un ensemble minimal d'activités soumises à des contraintes d'universalité et de prix abordable. Les autorités de régulation ont ainsi un droit de regard sur les modalités de fourniture de ce service universel. En ce sens donc, la régulation va de pair avec un souci de justice sociale, qui l'éloigne d'une conception purement économique et concurrentielle de son rôle.

Il en est d'autant plus ainsi, désormais, que d'autres modalités d'une politique de redistribution colorent désormais le secteur des télécommunications : ainsi, la réduction de la fracture numérique entre entités géographiques différentes a conduit à reconnaître aux collectivités locales certains droits d'initiative en la matière. Au souci de justice sociale, s'ajoute donc, en l'espèce, celui de l'aménagement du territoire.

Dans les deux cas, c'est le souci d'équilibre entre les exigences économiques du secteur et les valeurs non-économiques qui le sous-tendent par ailleurs qui confère au système de la régulation sa configuration actuelle.

CONCLUSION

Trois traits de la régulation en matière de télécommunications ont essentiellement retenu l'attention dans les pages qui précèdent.

D'abord, la régulation dans ses rapports avec la politique *antitrust* : à l'origine, l'objectif poursuivi, notamment à travers le droit d'accès aux infrastructures de télécommunications,

l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux, était de mettre en place une concurrence effective dans le domaine des télécommunications, par la multiplication des opérateurs sur le marché et la sanction des abus de l'opérateur historique. Désormais, après cette première phase de libéralisation, seuls quelques opérateurs ont survécu sur le marché, aux côtés de l'opérateur historique : le secteur des télécommunications revêt désormais une structure oligopolistique, où prédominent quelques entreprises seulement. C'est cette situation que la régulation a dès lors pour objet d'encadrer désormais. Toutefois, dans les deux cas, la régulation ne fait-elle pas qu'affiner le droit antitrust ? Ainsi, pendant la phase d'ouverture à la concurrence, le droit d'accès et l'interconnexion n'étaient-ils rien d'autre qu'une application technique et ponctuelle de la théorie des facilités essentielles ? De même, pendant la phase postérieure, l'encadrement de l'oligopole ne serait-il rien d'autre qu'une mise en œuvre sophistiquée des notions de position dominante conjointe ? Bref, *la régulation est utilisée en premier lieu comme instrument de politique antitrust.*

Ensuite, si la régulation avait à l'origine pour objet d'influer sur la structure des marchés de produits ou services existants, elle étend désormais son emprise sur les produits innovants, en encadre la conception, le développement, la commercialisation, au point d'aboutir à des effets de standardisation contraignants. A travers le contrôle de l'innovation, les pouvoirs publics se donnent, par le biais de la régulation, de nouveaux moyens d'influer sur la production, sur son orientation, sur son développement. Bref, *la régulation est utilisée en deuxième lieu comme instrument de politique technologique et industrielle.*

Enfin, l'objectif de redistribution et de justice n'était pas absent de la première phase de libéralisation. Cette finalité revêtait, pour l'essentiel, la forme de la protection des consommateurs, à travers notamment l'institution du service universel. Désormais, avec le dégroupage et l'accès à la boucle locale, les collectivités locales sont, en outre, à même d'organiser une politique propre en matière de télécommunications, de nature le cas échéant à réduire les inégalités entre territoires en ce domaine. Dans les deux cas, *la régulation est utilisée comme instrument d'une politique de redistribution.*

Dans les trois cas, la régulation, qui accompagne un processus de libéralisation et d'ouverture à la concurrence, est loin d'aboutir à un dépérissement de l'Etat en matière de télécommunications ; bien au contraire, la puissance publique continue de s'arroger un droit de regard appuyé sur le secteur, au moyen d'instruments divers et contraignants. En somme, loin de signer le triomphe d'une logique libérale et favorable à la suprématie de l'initiative privée, la régulation apparaît comme un nouvel avatar de l'interventionnisme public, davantage adapté à la nouvelle donne concurrentielle certes, mais aussi envahissant (peut-être même davantage) que sa forme antérieure.

D'ailleurs, A. Perrot, vice-présidente du Conseil de la Concurrence, dans un article intitulé "Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence", montre bien la différence entre ces deux formes d'interventions publiques. De fait, la régulation sectorielle dispose de bien plus de moyen que la politique de la concurrence pour infléchir ou contrôler les comportements des acteurs économiques. La politique de la concurrence a des instruments surtout répressifs (sauf dans le contrôle des concentrations), alors que la régulation sectorielle dispose non seulement d'instruments répressifs, mais aussi incitatifs (possibilité de recourir à des transferts positifs ou négatifs en direction des firmes sous forme de taxation, contrats incitatifs fondés sur le remboursement des coûts ou des prix plafonds). La palette des instruments à la disposition des régulateurs sectoriels est donc bien plus riche : possibilité d'intervenir sur la structure du marché (nombre de firmes, entrée), possibilité d'intervenir sur

la structure des firmes (séparation verticale ou horizontale), possibilité d'intervenir sur les choix des firmes du secteur (choix des biens et services, de la qualité, de la localisation, couverture, des investissements, des prix)

De plus, le régulateur sectoriel dispose de plus de marge de manœuvre et de pouvoir discrétionnaire (possibilité de fixer son agenda et ses ordres de priorités). Selon Perrot (2002), "tandis que les décisions d'une autorité sectorielle ne sont contraintes que par la compatibilité avec ses propres choix passés (qui ne concernent donc que les activités du secteur en question), on attend de celles des autorités de la concurrence qu'elles soient cohérentes d'une part avec les positions prises par d'autres cours appliquant aussi le droit de la concurrence, nationales (comme un tribunal d'instances en France) ou étrangères, comme la Commission européenne, et d'autre part avec les leurs propres, concernant d'autres secteurs".

REFERENCES :

- Arnaud, E., « Collectivités locales et télécommunications », *Droit administratif*, 2002, n° 1.
- Atkinson J.M., Barnekov C.C., (2000) "A Competitively Neutral Approach to Network Interconnection", OPP Working Paper Series FCC, n°34, http://www.fcc.gov/bureaus/OPP/working_papers/oppwp34.pdf
- Boylaud O., Nicoletti G. (2001) "Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et performance", *Revue économique de l'OCDE*, 111-158.
- Boy, L., "Réflexions sur le 'droit de la régulation'. A propos du texte de M.-A. Frison-Roche", *Dalloz, cahier Droit des affaires*, 2001, n° 37, pp. 3031 et s.
- Cambot, P., « Collectivités locales et initiative privée en matière de télécommunications », *A.J.D.A.*, 1999, pp. 965 et s.
- Champaud, C., "Régulation et droit économique", *Revue internationale de droit économique*, 2002, pp. 23 et s.
- DangNguyen, G., Pénard, T., (2000° "Les accords d'interconnexion dans les réseaux de télécommunications : des comportements stratégiques aux droits de propriétés", *Revue d'Economie Industrielle*, N° 92, Numéro spécial Economie des Contrats : Bilan et Perspectives, 297-316.
- Degraba P. (2000) "Bill and Keep at the Central Office As the Efficient Interconnection Regime", OPP Working Paper Series FCC, n°33, http://www.fcc.gov/bureaus/OPP/working_papers/oppwp33.pdf
- Degraba P. (2002) "Bill and Keep as the Efficient Interconnection Regime? A Reply", *The Review of Network Economics*, Vol.1, pp.61-65.
- DiMaggio, P., Hargittai, E., Celeste, C., Shafer, S., (2004), 'From Unequal Access to Differentiated Use: A Literature Review and Agenda for Research on Digital Inequality', in Kathryn Neckerman (Eds), *Social Inequality*, New York: Russell Sage Foundation.
- Dumez, H. et Jeunemaître, A., « Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques marchés de référence », *R.I.D.E.*, 1999, pp. 11 et s.
- Frison-Roche, M.-A., "Le droit de la régulation", *Dalloz, cahier Droit des affaires*, 2001, n° 7, pp. 610 et s.

- Gandal N. (2002) "Compatibility, Standardization, & Network Effects: Some Policy Implications," *Oxford Review of Economic Policy*, 18, p.80-91.
- Gandal N., Salant D., Waverman L., (2003) "Standards in Wireless Telecommunications," *Telecommunications Policy*.
- Glais M. (2003) "Analyse économique de la définition du marché pertinent : son apport au droit de la concurrence", *Economie Rurale* 277-278, p.23-44.
- Hargittai, E., (2002), 'Second-Level digital divide. Differences in people's online skills', *First Monday*, Peer-Reviewed Journal on the Internet, http://www.firstmonday.dk/issues/issue7_4/hargittai/
- Karayannis, V., "Le service universel de télécommunications en droit communautaire: entre intervention publique et concurrence", *Cahiers de droit européen*, 2002, pp. 315 et s.
- Laidié, Y., « Libéralisation des télécommunications et aménagement du territoire : les collectivités entre Charybde et Scylla », note sous T.A. Nancy, 18 mars 1999, *Dalloz*, 1999, partie « jurisprudence », pp. 617 et s.
- Lignièrès, P. et Simonin, G., « Réseaux à haut débit : les collectivités locales peuvent enfin investir en toute sécurité », *Les Petites Affiches*, 1999, n° 243.
- Pénard T., (2002a) "L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires", *Revue internationale de Droit économique*, N°2/3, 293-312, 2002.
- Pénard T., (2002b) "Competition and Strategy on the Mobile Telephony Market : a Look at the GSM Business Model in France", *Communication & Strategies*, N°45, 49-79.
- Pénard T., Souam S. (2002) "Que peut bien apporter l'analyse économique à l'application du Droit de la concurrence", avec, *Revue d'Économie Politique*, N° 112(6), 863-887.
- Perrot A. (2002) "Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence", *Revue française d'Economie* n°4, vol XVI, pp.81-110.
- Phillipe J. (1998) "La mesure du marché pertinent", *Revue Française d'Économie* XIII, p.125-159.
- Phlips L. [1995], *Competition Policy : a Game-Theoretic Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Posner, R.A. (1976) *Antitrust Law : An Economic Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- Rochet J.-C., Tirole J., (2004) "The Economics of Two Sided-Markets", Working Paper.
- Spulber D. [1989] *Regulation and Markets*, Cambridge, Mass. MIT Press.
- Thirion, N., "Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques?", *Revue internationale de droit économique*, 2002, pp. 626 et s.
- Thirion, N., *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002.
- Wright, J. (2002) "Bill and keep as the efficient interconnection regime?", *Review of Network Economics*, 1, 54-60.