

**CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ECONOMIQUE (ESA 6043)**  
**IDEFI (F.R. w1769)**

---

**LES POUVOIRS DE L'AUTORITE DE**  
**REGULATION DES**  
**TELECOMMUNICATIONS**

---

**Rapport de recherche**  
**Réalisé pour la Mission de Recherche**  
**GIP Droit et Justice**

**Laurence BOY**  
**Responsable Scientifique**

**Juillet 2000**

**CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT ECONOMIQUE (ESA 6043)**  
**IDEFI (F.R. w1769)**

---

**LES POUVOIRS DE L'AUTORITE DE**  
**REGULATION DES**  
**TELECOMMUNICATIONS**

---

**Laurence BOY**  
**Responsable Scientifique**

**Juillet 2000**

# **Les pouvoirs de régulation de L'Autorité de Régulation des Télécommunications**

Juillet 2000

## **Rapport de synthèse**

La volonté des auteurs de ce rapport s'inscrit dans une perspective de réunification des savoirs théoriques et pratiques trop souvent opposés. Notre postulat est qu'il n'existe pas d'incompatibilité intellectuelle radicale à mener une réflexion théorique sur un objet pratique. C'est donc à partir d'une analyse des pouvoirs et des pratiques de l'ART ainsi que des autres instances administratives ou juridictionnelles amenées avec cette dernière à encadrer l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, que sont proposées des pistes de réflexion permettant d'enrichir les débats actuels sur la notion de régulation, spécialement de régulation sectorielle<sup>1</sup>. Ce travail n'entend donc pas apporter une réponse définitive à ce que serait la régulation sectorielle dans le secteur des industries de réseaux. Il tente d'étudier de façon aussi objective que possible les pratiques des différents acteurs pour les inscrire dans une perspective prospective de compréhension de l'ouverture d'autres secteurs à la concurrence. C'est l'analyse substantielle<sup>2</sup> qui a bien évidemment été privilégiée tant pour la recherche de la « substance » du droit procédural que celle du droit substantiel.

Certains mettront l'accent sur le caractère « décevant » de ce rapport. On y trouve finalement plus d'interrogations que de certitudes. Ce sont ces interrogations qui nous semblent, au contraire, essentielles. Elles sont révélatrices, d'une part, des difficultés toujours croissantes dans les sociétés complexes à saisir les phénomènes juridiques observés et, d'autre part, de l'inconfort dans lequel se trouve le juriste pour tenter de comprendre « sa » société, « son » système juridique dans un environnement technique extrêmement complexe mais indispensable à comprendre pour pouvoir penser ensuite en termes juridiques. La régulation, notamment la régulation sectorielle mise en place par l'ART traduit incontestablement, selon

---

<sup>1</sup> Voir notamment : J. CHEVALLIER, Vers un droit postmoderne, A. JEAMMAUD, Introduction à la sémantique de la régulation, Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et Société, n°5, LGDJ, Paris, 1998, 21 et 47 ; J. CHEVALLIER, Les mutations du secteur français de la communication – opérateurs globaux et instances de régulation, *RIDE*, 1999, n°1, 51.

<sup>2</sup> G. FARJAT, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE*, 1986, n°0.

cette étude, la caractéristique du droit contemporain : droit autopoïétique, réflexif et procédural<sup>3</sup>. La doctrine a mis l'accent sur l'évolution relativement récente d'un droit formel (la pyramide de Kelsen) à un droit matériel, marqué par un fort interventionnisme public (l'ordre public encadrant les relations contractuelles), et finalement à un droit processuel ou réflexif<sup>4</sup>. Nous avons souhaité néanmoins, au-delà d'une réflexion très générale sur la procéduralisation du droit, nous interroger concrètement sur les modes de fonctionnement de cette autorité, sur les décisions prises par cette dernière ainsi que leurs conséquences sur un secteur économique essentiel dans nos sociétés développées. Il s'agit de la sorte de ré articuler droit substantiel et droit procédural même si la signification de ces deux termes ne peut sans doute pas être la même que celle qui était la sienne il y a encore quelques années.

La procéduralisation du droit, au sens de ce rapport, vise deux phénomènes différents et cependant complémentaires. Il s'agit d'une part, et le phénomène doit être relevé dans le souci de faire progresser le droit à un procès équitable, de la soumission croissante d'organismes hybrides (les fameuses AAI) aux règles procédurales permettant le respect des droits de la défense. Nous sommes ici dans la phase de la « réalisation contentieuse » des droits. Il s'agit aussi, et le phénomène est plus original, de la participation croissante et selon des modalités complexes des individus eux-mêmes à la création de la norme selon des « procédures » extrêmement complexes, associant la « procédure/procès » à la « procédure/consultation/audition », le jeu du contrat et du procès selon la formule de L. Cadiet<sup>5</sup>. C'est à la formulation de la règle de droit que participent les intéressés dans une sorte de « démocratie directe » (les concurrents, sans que ne soient nécessairement entendus les consommateurs).

La combinaison de ces deux formes de procéduralisation que l'on observe en ce qui concerne l'ART mérite que l'on s'y attache dans la mesure où à vouloir saisir la procédure de façon trop serrée - au sens procédural étroit -, on risque de passer à côté des liens complexes qu'entretiennent « procédures » et droit substantiel, au sens où ce dernier organise des rapports juridiques et définit, de ce fait, les droits subjectifs des différents agents économiques.

<sup>33</sup> G. TEUBNER, *Droit et réflexivité*, éd. Kleuver, Belgique, 1995, J. HABERMAS, *Droit et démocratie entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, 25.

Nous adopterons pour une présentation synthétique de ce rapport une distinction qui peut paraître comme structurante de celui-ci en espérant néanmoins que le lecteur qui se risquera à aller plus loin comprendra les liens étroits que nous souhaitons mettre en lumière entre la forme procédurale d'aujourd'hui qui met l'accent sur le « contradictoire » et la « réactivation de la notion de droit subjectif »<sup>6</sup>, pendant substantiel du contradictoire<sup>7</sup>.

Le rapport s'attache par ailleurs à essayer d'analyser les liens ambigus qu'entretiennent « Le Droit de » la concurrence (le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le contrôle de la concentration) et la régulation au sens de l'organisation de la concurrence par la reconnaissance de « droits à la » concurrence (c'est le rôle de l'ART). Ces relations complexes témoignent sans doute de la difficulté à vouloir, pédagogiquement, opposer droit objectif et droits subjectifs alors que ce sont les deux faces d'un même phénomène : les rapports juridiques.

### **I. La régulation sectorielle opérée par l'A.R.T.**

La création de l'ART s'inscrit dans un processus d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications (d'ailleurs, en cours de redéfinition permanente, comme le montre le rapport) et donc dans le cadre d'une réactivation du droit libéral ou néo-libéral, s'appuyant sur une « procéduralisation » de ce dernier, au sens évoqué précédemment d'une procédure fondée sur des droits individuels. Le rôle de l'ART ne saurait cependant se réduire à un règlement de conflits privés de type patrimonial traditionnel. L'autorité est aussi en charge d'une certaine politique publique, du moins d'un certain intérêt public lié à la construction d'un ordre concurrentiel dans le secteur des télécommunications.

Les contributions présentées peuvent paraître largement schématiques au regard « des complexités » que nous venons d'évoquer. Rappelons qu'elles ne sont qu'un appel à la discussion et au débat.

<sup>6</sup> On ne parle plus de la fonction sociale des droits dans le contentieux auquel nous nous sommes intéressés.

<sup>7</sup> Les caractères de la procédure accusatoire nous paraissent étroitement liés à la construction du droit subjectif, de la subjectivité juridique qui, plus large que celle de droit subjectif, inclut les libertés fondamentales.

De longs développements ont été consacrés à la reconnaissance progressive du droit à l'interconnexion par le jeu combiné des avis et décisions de l'A.R.T., avis et décisions qui s'inscrivent dans des relations complexes entre l'opérateur historique et ses concurrents, relations d'autant plus complexes qu'elles se tissent dans le cadre de négociations contractuelles, mais aussi de conflits juridiques. L'activité de l'Autorité a été considérable et a conduit à dessiner progressivement les contours d'un droit à l'interconnexion en perpétuelle évolution compte tenu des évolutions technologiques incessantes.

Dans la présentation du rapport public d'activité de l'ART pour 1998, Monsieur Jean-Michel Hubert, président de l'Autorité, avait mis l'accent sur la nécessité de promouvoir une concurrence « effective » dans le secteur des télécommunications. Soulignant que la France était encore dans une phase de mise en place de la concurrence, il insistait sur le fait que l'ouverture du marché devait être consolidée, ce qui justifiait une « nécessaire régulation asymétrique »<sup>8</sup>. Cette régulation asymétrique a été mise en place par l'A.R.T. qui a consolidé peu à peu les droits des différents opérateurs. C'est ainsi que l'Autorité a été amenée à reconnaître des contours de plus en plus précis à ce droit à l'interconnexion : droit à l'interconnexion elle-même, à une interconnexion sécurisée, à une interconnexion à haut débit, à une interconnexion multiservice, enfin droit à la maîtrise des paramètres techniques et tarifaires intervenant dans la fourniture de services d'accès à l'Internet pour garantir la liberté des opérateurs. Pour que la concurrence soit effective, l'Autorité entend développer les droits des concurrents de l'opérateur historique dans deux domaines essentiels, étroitement imbriqués compte tenu des avancées technologiques et tous deux indispensables à une réelle concurrence : l'Internet et la boucle locale qui devrait s'ouvrir définitivement à la concurrence en 2001.

Pour mener à bien cette tâche, l'A.R.T., en collaboration avec le Conseil de la concurrence, a contribué à préciser un certain nombre de concepts utilisés en droit économique, notamment la notion de « marché ». Il est intéressant d'observer, en effet, que ces deux autorités régulatrices ont reçu des compétences distinctes mais complémentaires et (qui permettent d'éclairer très utilement, par des analyses très précises (De ce marché spécifique : celui des télécommunications) des notions utilisées en droit général de la concurrence. Les avis de l'A.R.T. rendus sont extrêmement intéressants à plusieurs égards. Ils démontrent d'abord que l'Autorité, tout en ayant conscience de la « convergence », essaie de

cerner au plus près la notion de marché pertinent, en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. Deux définitions du marché sont utilisées par l'Autorité selon qu'il s'agit de régler la question de sa compétence ou de rechercher des pratiques anticoncurrentielles. Celle-ci a ainsi constamment retenu une large définition du marché pertinent (les télécommunications dans un contexte de convergence) pour justifier sa saisine et défini par la suite des segments de marchés beaucoup plus étroits dans l'étude des pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi qu'elle a su distinguer ces deux notions lors d'une demande de mesures provisoires qui se rattachait à une demande au fond tendant à dénoncer un abus de position dominante de la part de France Télécom. Dans un contexte de convergence, justifiant de leur compétence, les experts ont su clairement distinguer, au sein du marché des télécommunications, le marché spécifique des « offres d'accès à haut débit par la technologie ADSL ». On connaît l'importance de la notion de marché pertinent dans l'étude des pratiques anticoncurrentielles et notamment le fait que, plus le marché considéré est grand, moins il y a possibilité de retenir l'existence d'une position dominante, et en conséquence d'un abus. L'A.R.T. a donc, tout en signalant à plusieurs reprises la convergence des technologies, montré qu'en l'état du développement de ces dernières il était possible de distinguer le marché de fourniture de services de transmission de données à haut débit s'appuyant sur une infrastructure existante largement déployée (la boucle locale téléphonique), non seulement des services d'accès à Internet à bas débit, mais encore des autres technologies d'accès à haut débit comme le câble ou la boucle locale radio. De ce point de vue, ces analyses nous paraissent exemplaires d'une analyse concrète du marché pertinent par rapport au concept quelque peu abstrait de marché contestable<sup>9</sup>.

Les avis et décisions de l'A.R.T. nous semblent remarquablement traduire cette construction progressive du droit à l'interconnexion, particulièrement d'un droit à l'interconnexion à haut débit par l'ADSL. Par l'analyse du marché pertinent et de l'abus éventuel que pourrait commettre l'opérateur historique sur ce dernier, elle contribue à définir les droits des concurrents. De la même façon que le juge a su dessiner les déontologies des professionnels en définissant les responsabilités pour faute ou les responsabilités sans faute de ces derniers, l'Autorité, en aidant le Conseil à préciser le marché et les conditions de mise en œuvre des mesures provisoires, a contribué à fixer les conditions de la « mise en œuvre

<sup>8</sup> 12 juillet 1999, <http://www.art-telecom.fr/>

<sup>9</sup> La contestabilité du marché dans les modèles économiques nous semble trop souvent être une contestabilité théorique n'étudiant pas suffisamment les coûts d'entrée et les conditions techniques d'entrée sur le marché. W. BAUMOL, J.C. PANZAR, R.D. WILLIG.

effective » d'un droit « immédiat » pour les opérateurs d'exercer en haut débit « les activités qui leur sont propres »<sup>10</sup>. Ils s'inscrivent, comme le souligne l'Autorité elle-même, dans la démarche qu'elle a engagée avec les différents opérateurs pour l'ouverture définitive à la boucle locale et le calendrier proposé pour mettre en œuvre les options retenues par ces derniers. C'est dire que l'A.R.T. est consciente de cette construction progressive et en perpétuel mouvement de l'ouverture à la concurrence.

La répartition des rôles entre l'A.R.T., organisateur de la concurrence en matière de télécommunications, et le Conseil de la concurrence, gardien de l'ordre concurrentiel, nous a conduit à préciser la notion de régulation sectorielle dans le domaine des industries de réseaux, régulation sectorielle qui doit être comparée à la notion de réglementation. On sait que le droit objectif est toujours distributeur de subjectivités. Les formes que peut emprunter le droit objectif dans cette fonction de distribution, du moins si on cherche à les ramener à des épures, sont assez simples. C'est ainsi que dans la pureté du modèle, la réglementation peut se définir comme une forme de distribution *a priori* des droits subjectifs sous réserve d'un contrôle *a posteriori* par le juge. La loi a tranché, par exemple, entre l'intérêt du propriétaire et du locataire en définissant les droits respectifs de ces derniers (durée du bail, droit ou non au renouvellement etc....). De même, la loi a-t-elle défini les droits du salarié et ceux de l'employeur à travers les dispositions réglementant le contrat de travail. La régulation sectorielle, notamment dans le domaine des télécommunications, se présente, au contraire, comme un mécanisme de construction permanente des droits subjectifs associant intervention *a priori* et *a posteriori* de l'autorité de régulation. Ainsi que le souligne ce rapport, la consécration du "droit à l'interconnexion" implique pour sa reconnaissance et son exercice une appréciation préalable de la demande d'interconnexion de la part de l'exploitant de réseau sollicité sous contrôle de l'autorité de régulation des télécommunications. "C'est ici que l'on mesure toute la distance qui sépare la réglementation de la régulation... La réglementation, c'est le contrôle et la sanction *a posteriori*, la régulation est pilotage et adaptation permanente du cadre réglementaire" (souligné par nous)<sup>11</sup>. La régulation se rapproche dans cette dernière hypothèse de la fonction traditionnelle du juge judiciaire sans pour autant se confondre avec cette dernière<sup>12</sup>. Elle peut se définir, en effet, comme "l'art de donner à chacun des opérateurs

<sup>10</sup> Décision du 7 janvier 2000 précitée.

<sup>11</sup> L. RAPP, Le nouveau régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996, *JURIS PTT*, 1997, n°49, 13 ; cf. notre première partie.

<sup>12</sup> Sur l'évolution du rôle du juge, voir notamment F. OST, Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge, in *La force du droit*, sous la direction de P. BOURETZ, Esprit, 1991.

la part qui lui revient et d'assurer l'équilibre entre tous"<sup>13</sup>. C'est essentiellement à ce dernier schéma que correspond l'ART dont la fonction essentielle est de protéger les nouveaux entrants sur le marché des télécommunications en définissant les contours de leur droit à l'interconnexion et donc leur droit "à" la concurrence<sup>14</sup> face à l'opérateur historique : France Télécom. Avec cette fonction distributive, on se trouve en présence "non plus d'un droit positif, mais d'un droit positiviste, par opposition à un droit qui ne serait que réactif ou répressif"<sup>15</sup>, c'est-à-dire d'un droit qui construit et accompagne les droits subjectifs des nouveaux concurrents. Il semble que ce soit ainsi que l'A.R.T. analyse elle-même son rôle. En effet, dans sa réponse à la communication de la Commission européenne du 10 novembre 1999, elle a rappelé que « l'acception française du terme de régulation, à la différence de l'anglaise, ne confond pas l'élaboration des règles et leur mise en œuvre ». Le régulateur a la responsabilité d'appliquer les textes adoptés par l'Union européenne et les pouvoirs publics nationaux. En conséquence, elle a estimé que la Commission devrait mieux définir ce qu'est le régulateur. « En conservant le terme usuel d'Autorité réglementaire nationale (ARN), elle se prive de la distinction capitale des responsabilités entre les autorités chargées d'édicter le droit et celles qui l'appliquent, ces dernières devant pouvoir agir de façon indépendante, c'est-à-dire user de façon impartiale de leurs pouvoirs d'arbitrage et de gardien en premier ressort de la concurrence »<sup>16</sup>.

Cette analyse de la fonction régulatrice de l'A.R.T. conduit bien évidemment à s'interroger sur la pérennité d'un tel organisme -cette dernière s'est d'ailleurs elle-même posée la question - ainsi que celle de l'articulation de ses fonctions avec celles d'autres autorités régulatrices, soit sectorielles comme le CSA, soit généralistes comme le Conseil de la concurrence. En effet, le marché pertinent en matière de télécommunications a tendance à se globaliser, ce qui pose la question de la coexistence non seulement d'autorités sectorielles de régulation à compétence verticale et du Conseil de la concurrence dont la compétence est horizontale mais aussi celle de la coexistence d'autorités sectorielles entre elles. L'Autorité constate à cet égard la nécessité de simplifier le régime juridique applicable aux réseaux câblés. Deux régimes coexistent aujourd'hui selon que les réseaux sont utilisés pour fournir des services audiovisuels ou des services de télécommunication. L'ART propose donc un

<sup>13</sup> M. A. FRISON-ROCHE, Les différentes définitions de la régulation, in , *Industries de réseaux : la régulation pour une meilleure concurrence*, Rev. De la concurrence et de la consommation, mai-juin 1998, 43.

<sup>14</sup> LE MOAL, Thèse ; 1<sup>ère</sup> partie sur la construction progressive d'un droit à l'interconnexion.

<sup>15</sup> Y. BREBAN, Libéralisation et régulation : le paradoxe, *Les Echos*, 18-19 avril 1997.

<sup>16</sup> Synthèse de la réponse..., <http://www.art-telecom.fr>

projet de modification du Code des postes et télécommunications qui permettrait d'harmoniser les différents régimes d'autorisation « dans un contexte de convergence des réseaux et des technologies »<sup>17</sup>. Celle-ci constate que la question de la régulation déontologique doit être posée dans des termes nouveaux dans la mesure où elle a été établie dans un contexte de monopole aujourd'hui révolu. Ceci impliquerait soit une extension des compétences des instances existantes (Conseil supérieur de la télématique, CSA), soit le recours à une formule d'autorégulation s'inspirant de celle proposée par le Conseil d'Etat dans son rapport sur Internet<sup>18</sup>. Le Conseil observe qu'Internet est l'archétype d'un phénomène nouveau : la convergence entre les mondes jusqu'alors séparés des réseaux informatiques, de l'audiovisuel et des télécommunications. Sous l'effet des phénomènes de convergence technologiques, les réseaux ne sont plus désormais dédiés à des services particuliers mais permettent de véhiculer tous types de produits et de services (téléphonie vocale, programmes audiovisuels, services interactifs). La distinction traditionnelle entre d'une part la régulation des services et des réseaux audiovisuels et, d'autre part, la régulation des services et des réseaux de télécommunications perd sa pertinence. « Une distinction nouvelle doit désormais être opérée entre deux types de réglementations : celles des réseaux de télécommunications et celles des contenus et des services »<sup>19</sup>. Rejoignant les analyses faites par l'ART, le Conseil d'Etat propose une réglementation transversale pour les réseaux de télécommunications qui sont de simples infrastructures de transport et un régime juridique distinct pour les contenus et les services fondé uniquement sur l'objet du service. C'est dire que pour l'heure la disparition de l'A.R.T. n'est pas à l'ordre du jour même si à terme devra être envisagée la création d'une instance européenne de régulation dans un marché européen.

## II. Régulation sectorielle et droit procédural.

On a pu écrire que les contentieux confiés aux A.A.I. manquent généralement « de tradition, de bases juridiques solides et que leur mixité altèrent les concepts du droit processuel et portent souvent une atteinte aux droits fondamentaux du procès<sup>20</sup>. Il était donc intéressant de s'attacher aux questions procédurales posées par l'A.R.T. qu'il s'agisse de la

<sup>17</sup> Deuxième rapport d'activité pour 1998.

<sup>18</sup> CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, <http://www.Internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

<sup>19</sup> Synthèse du rapport précité, 10.

<sup>20</sup> S. GUINCHARD, Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ?, in *Droit économique et philosophie du droit, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, 139

procédure suivie devant l'autorité ou de l'articulation entre ses décisions et celles de la Cour d'appel de Paris ou du Conseil de la concurrence.

La pratique encore jeune de l'A.R.T. montre que cette dernière a été très attentive aux évolutions récentes et s'est adaptée spontanément aux exigences relatives au droit à un procès équitable formulées par la Cour de cassation. Il y allait de sa légitimité tant sur le terrain du contentieux subjectif relatif à l'interconnexion (article 36-8 du CPT) que sur celui du contentieux objectif et quasi-pénal des sanctions (article 36-11 du CPT). L'A.R.T. a ainsi voulu préserver ses décisions contre un risque d'annulation devant la Cour d'appel de Paris sur le fondement de l'article 6 de la CEDH.

Le respect des droits de la défense par les AAI est l'une des questions majeures actuellement débattues. C'est ainsi que les pratiques de la COB ont été sanctionnées par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>21</sup>. Très récemment, une décision du Conseil de la concurrence a été annulée par la Cour d'appel de Paris sur le même fondement<sup>22</sup>. Les griefs portaient essentiellement sur la présence du rapporteur au délibéré. En application de l'article 6 CEDH, les juridictions françaises ont considéré qu'il s'agissait d'un manquement au droit à un procès équitable.

Cette jurisprudence montre que si les procédures se déroulant devant les AAI n'ont pas toujours été respectueuses des principes fondamentaux du procès et altèrent parfois les concepts du droit processuel, un tel reproche ne peut être porté à l'encontre de l'ART. Ses décisions contiennent ainsi une motivation très détaillée<sup>23</sup>. L'Autorité tient visiblement à reprendre un à un les arguments présentés par les parties.

S'agissant du prononcé de sanctions visant à prononcer des peines « quasi-répressives », la procédure plus encore que précédemment doit viser à garantir les droits fondamentaux du procès.

<sup>21</sup> 5 février 1999, Oury, D. 1999, som. com. P. 425, obs. I. Bon-Garcin ; Petites affiches, 10 février 1999, n° 29, p. P.M., p. 3 ; D. aff., 1999, p. 317 et p. 410 ; JCP. Ed. E, 1999, p. 296 ; rev. gén. proc. 1999, p. 275, obs. L. Idot.

<sup>22</sup> Paris, 15 juin 1999, D. 1999, IR, p. 184. V. la critique de D. Brault, « La présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence : se fier aux apparences ou aux réalités ? », Lamy Droit économique, juin 1999, n° 118.

<sup>23</sup> V. par exemple, décision n° 99-539 du 18 juin 1999, préc.

On observera tout d'abord que devant l'A.R.T., la règle non bis in idem est garantie. Selon cette règle, il n'est pas possible pour les mêmes faits qu'une sanction administrative de nature pécuniaire se cumule avec une sanction pénale. Ce principe est garanti par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 CEDH. Celui-ci a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à l'ART en date du 23 juillet 1996. Devant l'ART un cumul de sanctions est rendu impossible. En effet, selon l'article L. 36-11 CPT le prononcé d'une sanction pécuniaire par l'ART n'est possible que si les faits concernés ne constituent pas dans le même temps une infraction pénale. A défaut, l'ART est incompétente.

Par ailleurs le prononcé des sanctions est lui aussi soumis au respect des droits de la défense. L'article L. 36-11 2° b) al. 2 dispose que « Les sanctions sont prononcées après que l'opérateur a reçu notification des griefs et a été mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales ». On pourrait légitimement penser que le prononcé des sanctions dans le cadre de l'article L. 36-11 est soumis à l'instar de la procédure de l'article L. 36-8 au respect de l'article 6 CEDH. Or, une telle affirmation doit être considérablement nuancée. Rendues sur le fondement de l'article L. 36-8 CPT, les décisions de l'ART sont soumises à la juridiction de la Cour d'appel de Paris qui a plusieurs fois sanctionné des AAI sur le chef de l'article 6 CEDH. Or dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT, les décisions rendues par l'ART sont soumises au Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction. Il existe à cet égard une divergence de vue entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, ce dernier ne semblant pas tirer les mêmes conséquences que cette dernière de la présence du rapporteur au délibéré. Les questions procédurales devraient donc encore alimenter le contentieux.

Le système mis en place par la loi du 26 juillet 1996, créant l'A.R.T. (2) semble confirmer le rôle de la Cour d'appel de Paris comme juridiction de recours par excellence des décisions des organes de régulation des secteurs d'activités économiques et financières. Une partie de ce rapport s'attache donc à « l'appel » des décisions de l'A.R.T. devant la Cour d'appel de Paris. Comme pour les autres A.A.I., la nature du recours contre les décisions de l'A.R.T. suscite des interrogations. L'A.R.T. étant une autorité administrative indépendante, on ne peut *a priori* parler d'appel puisque le premier degré de juridiction fait défaut. Cependant, à la lecture du Code des Postes et Télécommunications, il semble qu'il faille faire une analyse plus nuancée. En effet, la Cour d'appel de Paris connaît des seules décisions de

l'A.R.T prises sur le fondement de l'article L.36-8, c'est-à-dire dans le cadre du règlement d'un litige contractuel de droit privé comme l'a expressément reconnu le Conseil Constitutionnel. Disposant d'un pouvoir d'annulation et de réformation des décisions de l'A.R.T. qui s'apparente à un juge du premier degré, la Cour d'appel de Paris se présente bien comme le juge d'appel de droit commun de l'article 542 du Nouveau code de procédure civile. Si le principe du double degré de juridiction n'a qu'une valeur para-juridictionnelle et n'est inhérent ni à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ni même au procès équitable, l'appel est néanmoins profondément ancré dans notre tradition juridique. Par ailleurs, le choix d'une juridiction de « droit privé »<sup>24</sup> s'imposait afin que la Cour de cassation puisse assurer l'unification des différents contentieux contractuels touchant au droit des télécommunications. Le législateur a par ailleurs délimité les pouvoirs attribués à la Cour d'appel pour en faire un système original mais cohérent qui vise à assurer tant l'efficacité des décisions que le respect des droits de la défense ainsi qu'en témoignent les articulations délicates entre le caractère non suspensif des recours et la procédure de sursis à exécution. A cet égard, le rapport contribue utilement à mettre en lumière les difficultés mais aussi constructions du droit de la régulation.

Ce travail aurait été incomplet s'il ne s'était interrogé sur les rapports entre une autorité régulatrice sectorielle et l'autorité « de droit commun » de contrôle de la concurrence. La loi du 26 juillet 1966 a donné à l'ART différents moyens destinés de lui permettant d'accomplir cette mission. Se pose donc la question de savoir comment l'action de l'ART dans son domaine s'articule avec la mission du Conseil de la concurrence. Quel est le domaine de leur activité respective ? La pratique des deux autorités révèle que les relations, loin d'être conflictuelles, ont été complémentaires.

L'ART semble surtout avoir pour mission d'organiser le marché, tandis que le Conseil sanctionne les comportements anticoncurrentiels. La mission primordiale de l'A.R.T. est d'accompagner l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, cette ouverture se faisant par étapes successives. L'A.R.T. a aussi pour mission d'organiser la concurrence sur les segments des marchés des télécommunications. Pour ce faire, elle doit définir et délimiter ces marchés et assurer une certaine égalité et un certain équilibre entre les

<sup>24</sup> Le contentieux de droit économique ne saurait être ramené ni à un contentieux de droit privé, ni à un contentieux de droit public. Le droit de la concurrence réalise une synthèse entre un ordre public concurrentiel et les droits subjectifs des opérateurs économiques. Droit « du » ou « des » marchés, il subit l'influence des juridictions en charge de l'ordre public et privé concurrentiel.

opérateurs. L'Autorité veille à l'équilibre concurrentiel entre les opérateurs et à la loyauté de l'exercice de la concurrence. Elle fixe les conditions de la concurrence et, à ce titre, elle est compétente pour l'attribution des préfixes et le règlement des différends en matière d'interconnexion.

Le Conseil de la concurrence dispose pour sa part et sous réserve des compétences des organes communautaires, d'une compétence exclusive concernant les infractions aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et aux articles 81 et 82 du Traité de Rome. Il constate et sanctionne les ententes et les abus de position. La naissance de l'ART ne semble pas remettre en cause sa compétence exclusive dans ce domaine. C'est dire que le marché des télécommunications est soumis tant à la régulation qu'à la surveillance et que le partage des compétences puisse être parfois délicat, voire aboutir à des conflits.

Les difficultés tiennent notamment à la difficile définition de la régulation. Ce terme est parfois invoqué comme critère de délimitation des compétences, mais il est aussi souvent associé à l'action du Conseil de la concurrence qui « régule » le marché<sup>25</sup>, même si une distinction entre le « droit de la régulation » et le « droit de la concurrence » semble émerger se fondant notamment sur les intérêts protégés (intérêts particuliers ou intérêt général). Le droit de la régulation est perçu avant tout comme un droit évolutif et correspond particulièrement bien à l'ouverture des industries de réseaux à la concurrence. Reste que sa mission le Conseil lui-même adopte une conception évolutive du marché, ce qui ne simplifie pas la recherche d'un critère clair de répartition des compétences. En effet, dans l'affaire du service universel « spécifique », celui-ci a estimé que « la marge de manœuvre qu'il convient d'accorder à France Télécom doit s'apprécier au regard du degré de concurrence constaté sur le marché des télécommunications et est susceptible d'être révisé »<sup>26</sup>.

La collaboration étroite instaurée entre l'A.R.T. et le Conseil de la concurrence<sup>27</sup> peut néanmoins déboucher sur des conflits de compétence. L'un des domaines où le conflit (ou la double compétence) risque d'être particulièrement sensible est celui des relations contractuelles entre les différents opérateurs, notamment sur la question de la tarification

<sup>25</sup> M.A. FRISON-ROCHE, L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence, *Les Petites Affiches*, n° 59, mai 1995.

<sup>26</sup> Avis n° 98-A-24.

<sup>27</sup> On est frappé par le nombre d'avis rendus soit par l'A.R.T., soit par le Conseil qui interviennent respectivement comme experts l'un de l'autre.

d'interconnexion, mais aussi des autres services et des locations d'infrastructures. En effet, si les cocontractants ne s'entendent pas, ils peuvent saisir l'ART du règlement du conflit (art L.36-8 du Code des postes et télécommunications). L'ART a d'ailleurs rendu plusieurs décisions dans ce domaine. Les contractants peuvent aussi porter le litige devant le Conseil de la concurrence, arguant qu'un tarif excessif constitue une barrière à l'entrée sur un marché, ou un abus de position (argument développé par Cegetel, Décision n° 99-539 du 18 juin 1999).

γ La loi prévoit en principe la parade pour résoudre des tels conflits : l'instance de recours contre les décisions du Conseil et de certaines décisions de l'ART est la même : la Cour d'appel de Paris, à laquelle est ainsi conféré le pouvoir « de trancher les éventuels conflits de compétence entre elles ». Il lui reviendrait donc de mettre en cohérence les décisions des deux autorités si elles étaient saisies concurremment d'un même problème d'interconnexion ou d'accès au réseau, l'une sous l'angle du droit de la concurrence, l'autre sous celui du seul droit des télécommunications<sup>28</sup>.

Toutefois, le recours contre d'autres décisions de l'ART sont de la compétence du Conseil d'Etat. C'est par exemple le cas de l'attribution des préfixes, qui posent bien un problème du droit de la concurrence. Les possibilités d'harmonisation par la Cour de Paris sont donc limitées comme en témoignent quelques exemples. Devant ce « vide juridique », il semble qu'en cas de divergences d'appréciation, la décision du Conseil de la Concurrence, gardien de l'ordre public concurrentiel, devrait prévaloir sur celle de l'A.R.T..

La loi du 26 juillet 1996 est aussi muette sur le rôle de l'A.R.T. en matière de concentration. Contrairement à la Federal Communications Commission, l'A.R.T. ne dispose d'aucune compétence propre en ce qui concerne les opérations de concentration entre opérateurs des télécommunications. Il semble néanmoins que le Ministre de l'économie et le Conseil puissent s'adresser à l'A.R.T. pour recueillir son avis.

L'étude de ce « prototype » qu'est l'A.R.T. devrait contribuer à une meilleure connaissance de la régulation sectorielle dans le secteur des industries de réseaux qui s'ouvrent peu à peu à la concurrence sous l'influence des directives communautaires. Nous espérons que ce rapport y contribue.

<sup>28</sup> Guy CANIVET, (à l'époque Premier Président de la Cour d'appel de Paris), dans « Les entretiens de l'autorité, *Le droit des télécommunications : bilan et perspectives* », 23 mars 1999.

## Les pouvoirs de l'Autorité de Régulation des Télécommunications

L'A.R.T., Autorité de régulation des télécommunications a été mise en place pour encadrer l'ouverture des télécommunications à la concurrence. Cette Autorité Administrative Indépendante sectorielle dispose de pouvoirs originaux que ce rapport s'est efforcé d'analyser, notamment le pouvoir de régler les différends en matière d'interconnexion.

A cette fin, la recherche s'est portée sur la fonction de régulation de l'A.R.T. afin d'en rechercher l'originalité et de contribuer à mieux appréhender la notion de régulation (L. Boy). Compte tenu des problèmes récents de procédure qui se sont posés tant en droit interne que communautaire, suit une étude sur la procédure devant l'A.R.T. (J.B. Racine). Dans ce contentieux en étoile qui se nous sont examinés les recours des décisions de l'A.R.T. devant la Cour d'appel de Paris (R. Poësy) ainsi que les relations qui se sont instaurées entre l'A.R.T. et le régulateur de droit commun de la concurrence, le Conseil de la concurrence (I. Krimmer) et d'autres A.A.I. comme le C.S.A. (G. Cammas).

Première autorité sectorielle dans le cadre de l'ouverture à la concurrence et bien que jeune, l'A.R.T. a su utilisé avec beaucoup d'efficacité des pouvoirs originaux que lui a conférés le législateur.

# **Les pouvoirs de l'autorité de régulation des télécommunications**

**Rapport définitif**  
Juillet 2000

**La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications.  
(réflexions contributives à la notion de régulation)**

Laurence Boy  
Professeur à l'UNSA  
CREDECO, UMR Cnrs/INRA  
5 Juillet 2000

Sous la poussée des directives communautaires, le secteur des télécommunications a été ouvert à la concurrence le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Afin de concilier des exigences *a priori* contradictoires - assurer le maintien du service public, du moins du service universel, dans un environnement concurrentiel -, le législateur a institué une autorité administrative indépendante, l'ART qui partage toujours partiellement la fonction de régulation avec le Ministre chargé des télécommunications. Les directives visant à l'ouverture à la concurrence des activités réservées jusqu'alors à des monopoles ont, en effet, laissé les Etats membres libres de choisir les modalités d'ouverture à la concurrence afin de préserver un certain équilibre entre les intérêts de l'opérateur historique et les nouveaux entrants sur le marché et la France a choisi de créer, comme la plupart des pays européens<sup>1</sup>, une autorité sectorielle de régulation dont les pouvoirs paraissent totalement inédits.

---

<sup>1</sup> Rapport du groupe de réflexion à haut niveau sur la politique audiovisuelle, Présidé par M. OREJA "L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne", Office des publications officielles des communautés européennes, 29 ; voir la rubrique : autres sites :<http://www.art-telecom.fr>

L'ART mérite une attention toute particulière dans la mesure où elle a constitué la première autorité sectorielle de régulation dans le domaine des industries de réseaux. Il existait déjà des A.A.I. sectorielles dans des secteurs où l'économie de marché se heurte à d'autres valeurs que les seules valeurs marchandes, comme le pluralisme de l'information ou la défense des libertés individuelles : C.N.I.L. ou C.S.A. En matière de régulation de l'économie de marché, il existait aussi des autorités sectorielles comme la C.O.B. mais pas pour accompagner l'ouverture de secteurs à la concurrence. Dans le domaine des télécommunications, à côté de la régulation concurrentielle de droit commun confiée au Conseil de la concurrence<sup>2</sup>, l'ART s'est vue confiée une mission de régulation de caractère technique ou d'organisation du marché<sup>3</sup> des télécommunications. Cette fonction s'inscrit dans le cadre des directives européennes imposant de manière plus ou moins claire la mise en place de systèmes de régulation avec l'ouverture des industries de réseaux à la concurrence<sup>4</sup>. La pratique de l'A.R.T., pourtant encore jeune, témoigne d'une grande maturité dans la recherche de solutions visant à ouvrir le secteur des télécommunications à la concurrence. Elle permet de proposer des pistes de réflexion qui pourraient utilement éclairer le concept encore neuf de régulation<sup>5</sup>, spécialement de régulation sectorielle appelé à connaître de nouveaux développements avec l'ouverture à la concurrence de l'électricité<sup>6</sup>, du gaz et de la poste.

Il semble que la régulation sectorielle s'oppose pour partie à la réglementation dans ses formes mais que, comme cette dernière, elle soit fondamentalement distributive de subjectivité juridique. Elle participe des nouvelles formes de régulation juridique<sup>7</sup> en reconnaissant et en construisant, ici, au profit des concurrents de l'opérateur historique un

<sup>2</sup> Le Conseil de la concurrence a tenu à rappeler ses compétences générales en droit de la concurrence : Avis n° 96-A-04.

<sup>3</sup> Cette étude relève incontestablement du droit économique que l'on a pu définir comme le droit de la concentration et/ou de l'organisation de l'économie par les pouvoirs économiques privés et publics. G. FARJAT, *Droit économique*, 2<sup>ème</sup> éd. 1981, Thémis, PUF.

<sup>4</sup> Directive 96/92 du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, directive 97/67 du 15 décembre 1997 concernant le développement du marché intérieur des services postaux, directive 96/19 du 13 mars 1996 concernant l'introduction de la concurrence pleine dans les marchés des télécommunications.

<sup>5</sup> Voir notamment : J. CHEVALLIER, Vers un droit postmoderne, A. JEAMMAUD, Introduction à la sémantique de la régulation, Des concepts en jeu, in *Les transformations de la régulation juridique*, coll. Droit et Société, n°5, LGDJ, Paris, 1998, 21 et 47.

<sup>6</sup> A. COQUE, De l'installation de la Commission de régulation de l'électricité et de ses compétences en matière de prévention des risques, *Les Petites Affiches*, 4 janvier 2000, n° 2, 4 ; G. du PUY-MONTBRUN et B. MARTOR, La Commission de régulation de l'électricité, *Les Petites Affiches*, 14 janvier 2000, n° 10, 9 ; B. MARTOR, Le nouveau droit français de l'électricité, *Les Petites Affiches*, 29 mars 2000, n° 63, 4.

<sup>7</sup> *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G. J. MARTIN, coll. Droit et Société, n°5, LGDJ 1998.

droit subjectif à l'interconnexion. L'étude des pouvoirs de l'A.R.T. s'inscrit dans un courant général de réflexion sur la régulation initié notamment par J. CHEVALLIER<sup>8</sup> et qui s'interroge sur la cohésion de la catégorie des A.A.I. « Produit des efforts conjugués du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence, la catégorie des A.A.I. reste caractérisée par une plasticité et une adaptabilité peu commune dans le paysage juridique : loin de faire l'objet d'une délimitation claire et d'une définition stricte, elle recouvre une gamme de situations très diverses, au point que son unité apparaît problématique »<sup>9</sup>. Pour maintenir une cohésion à cette catégorie, on a pu proposer de la caractériser par deux éléments essentiels : la nature particulière de la mission qui lui est impartie et les garanties d'indépendance qui la placent en marge de l'appareil administratif traditionnel<sup>10</sup>. Ce n'est pas à l'étude de l'autonomie de l'A.R.T. que s'attache cette contribution, mais à une meilleure compréhension de la fonction de régulation et spécialement des outils de la régulation. L'analyse des décisions et avis de l'A.R.T. sur les quelques années de son fonctionnement nous paraissent riches d'enseignements pour une meilleure compréhension de la notion de régulation. Dotée explicitement de pouvoirs « juridictionnels » en matière d'interconnexion, l'A.R.T. est le premier exemple véritablement topique de la remise en cause entre la formulation du droit par des normes et de sa mise en œuvre par des décisions<sup>11</sup>. On sait que la régulation se caractérise par le fait que très souvent les autorités qui en ont la charge interviennent tant en amont par la fixation de règles du jeu entre les acteurs qu'en aval pour résoudre des litiges et sanctionner éventuellement les règles édictées. Une telle situation qui pouvait paraître contraire à la séparation des pouvoirs héritée de Montesquieu n'a finalement pas posé de problèmes de légitimité constitutionnelle<sup>12</sup> au Conseil Constitutionnel. Reste que l'A.R.T. est la première autorité administrative à avoir reçu expressément le pouvoir de résoudre certains « différends » entre opérateurs économiques<sup>13</sup>. Par son travail quotidien et combien délicat de définition des droits subjectifs des opérateurs économiques, elle permet de montrer de façon remarquable les liens étroits qui existent entre réglementation et régulation. Il nous semble, en effet, que substantiellement<sup>14</sup>, ces deux concepts sont moins antagonistes qu'on ne peut le

<sup>8</sup> Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, *Justices*, n° 1, 81.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> G. DE LA PRADELLE, Introduction au droit civil français, Tome I, Erasmé 1990, 87 « L'important tient au contenu de la norme, c'est-à-dire à la manière dont son objet est donné en modèle : le contenu d'une décision est catégorique et non hypothétique ; elle prescrit de façon absolue et non conditionnellement » ; P. MAYER, *La distinction entre les règles et les décisions en droit international privé*, Dalloz 1971.

<sup>12</sup> C. TEITGEN-COLLY, Les instances de régulation et la Constitution, *Rev. Dr. Pub.* 1990, 153.

<sup>13</sup> Sur ce modèle, la Commission de régulation de l'Electricité est en charge d'une fonction contentieuse pour régler les litiges entre opérateurs, B. MARTOR, précité, 11.

<sup>14</sup> G. FARJAT, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *R.I.D.E.* 1986, n° 0.

penser *a priori*. Formellement opposées – l'une intervient en amont, l'autre en aval -, la réglementation et la régulation entretiennent des liens étroits comme mécanismes d'encadrement des rapports juridiques. La régulation présente, par ailleurs, le mérite de démystifier l'autonomie de la réglementation étatique inspirée de la poursuite abstraite de l'intérêt général. Elle traduit, en effet, de façon éclatante la relative autonomie de l'Etat. Avec la réglementation, l'appareil de contrainte étatique s'est séparé de l'appareil privé des classes dominantes, des forces économiques dominantes et a revêtu la forme d'un appareil public impersonnel<sup>15</sup>. Avec la régulation, les liens entre pouvoirs publics et pouvoirs privés n'apparaissent plus masqués mais dans toutes leurs liaisons contradictoires<sup>16</sup>. Cette partie du rapport s'efforce donc de montrer en quoi la construction permanente des droits subjectifs des opérateurs des nouvelles télécommunications<sup>17</sup> contribue à la compréhension de la régulation et de sa place par rapport à la réglementation.

#### I. La définition perpétuelle des droits des opérateurs.

Dans la présentation du rapport public d'activité de l'ART pour 1998, Monsieur Jean-Michel Hubert, président de l'Autorité, avait mis l'accent sur la nécessité de promouvoir une concurrence « effective » dans le secteur des télécommunications. Soulignant que la France était encore dans une phase de mise en place de la concurrence, il insistait sur le fait que l'ouverture du marché devait être consolidée, ce qui justifiait une « nécessaire régulation asymétrique »<sup>18</sup>. La question des coûts est primordiale. Or, la référence aux coûts suppose que le régulateur puisse accéder à des informations comptables fiables sur l'activité de l'opérateur historique. Si celui-ci dispose en général d'une comptabilité analytique, elle est avant tout destinée à ses besoins de gestion interne, ce qui explique que le régulateur doit retraiter ces données afin de connaître de façon précise les règles d'allocation de la comptabilité analytique, en particulier celles utilisées pour les coûts partagés entre services, comme les coûts commerciaux<sup>19</sup>. Outre ce problème du traitement des données comptables, l'A.R.T. se

<sup>15</sup> PACHOUKANIS, *Théorie générale du droit et marxisme*, EDI, 1971, 123 et s ; ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat*.

<sup>16</sup> J. CHEVALLIER, *Les mutations du secteur français de la communication –opérateurs globaux et instances de régulation*, R.I.D.E. 1999, n°1, 51 : « Il n'en reste pas moins que ce lien systématique fait ressortir un aspect essentiel, à savoir que l'implantation dans la communication donne aux industriels concernés un moyen de pression sur le pouvoir politique et facilite leur accès aux marchés publics ».

<sup>17</sup> Afin d'insister sur la « convergence », les cinquièmes entretiens de l'Autorité (27 avril 2000) s'intitulaient « Télécommunications et services multimédias interactifs ».

<sup>18</sup> 12 juillet 1999, <http://www.art-telecom.fr/>

<sup>19</sup> D. ROUX, *Télécommunications : l'analyse des coûts, outil de régulation*, *Les Echos*, 15 juin 1999.

heurte aussi parfois au fait que l'opérateur historique invoque le secret des affaires pour refuser de fournir certaines informations comme en témoigne le conflit qui a opposé France Télécom à 9 Télécom Réseau<sup>20</sup>. Il s'agissait d'un litige né du fait que France Télécom entendait substituer à l'interconnexion indirecte mise en place un système d'interconnexion directe pour l'année 2000 dans lequel la question des coûts était essentielle et pour laquelle l'opérateur historique ne souhaitait pas « justifier le calcul de la recette moyenne afin de ne pas divulguer à 9 Télécom Réseau des éléments protégés par le secret des affaires ». Non convaincue par l'estimation des coûts faite par France Télécom « dont le mode de calcul n'était pas détaillé », l'A. R.T. a estimé que pour mener ses propres calculs, il lui fallait donc strictement reprendre les données de France Télécom pour les minutes écoulées et les recettes les recettes liées au trafic pour 1999. C'est dire qu'elle ne remet pas en cause directement le secret des affaires mais qu'elle stigmatise un comportement qui lui semble anticoncurrentiel en prenant l'opérateur « au pied » de ses propres chiffres. Si ce dernier a des raisons sérieuses d'exiger un surcoût de la prestation, il lui incombe d'en apporter la preuve. La Cour d'appel de Paris a confirmé la position de l'A.R.T. en estimant que sa décision était parfaitement motivée du fait « du silence observé par France Télécom sur les tarifs correspondants, et ce en dépit des questions » qui lui avaient été posées<sup>21</sup>. Tant par son rôle en matière de tarification<sup>22</sup>, que par ses décisions relatives aux conflits en matière d'interconnexion, l'Autorité a été amené à préciser les droits des opérateurs.

La distinction entre liberté et droit subjectif n'est pas aisée ainsi qu'en témoignent les diverses recherches menées sur ce point<sup>23</sup>. Il semble que la liberté, comme le droit subjectif, implique une possibilité de choix<sup>24</sup>. Même si des restrictions édictées dans l'intérêt général viennent restreindre les libertés, subsiste toujours le choix entre l'action et l'abstention. En revanche, une grande différence existe entre droit et liberté. "Lorsqu'il y a seulement liberté et non droit subjectif, celle-ci est attribuée de façon égalitaire, uniforme à tous ceux qui en bénéficient. Lorsqu'il y a droit subjectif, la répartition est inégalitaire ; les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne" et cette inégalité est légitime car elle découle de l'ordonnement juridique lui-même. Par ailleurs, la structure même du droit

<sup>20</sup> Décision n° 00-489 de l'A.R.T. du 26 mai 2000.

<sup>21</sup> C.A. Paris, 27 juin 2000.

<sup>22</sup> Même si l'Autorité souhaite disposer d'un pouvoir plus large en la matière.

<sup>23</sup> IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Thèse Paris 1931 ; GHESTIN et GOUBEAUX, op. cit., n°189.

<sup>24</sup> Liberté d'aller et venir, droit de propriété (sous réserve d'un abus éventuel, je peux cultiver mon champ, le vendre ou n'y rien faire).

subjectif est caractérisée par la coexistence de trois éléments : un intérêt protégé, un intérêt conceptualisé, et le pouvoir de volonté. Le droit subjectif se présente, en effet, comme la coïncidence parfaite chez un sujet de droit entre pouvoir de volonté et intérêt protégé et conceptualisé<sup>25</sup>. Il nous semble que la notion de conceptualisation est importante et permet, dans le cas de l'interconnexion, de parler de droit subjectif<sup>26</sup>, même si l'on a pu contester le fait que puisse exister un droit "à" la concurrence. Par ses avis et décisions l'ART construit progressivement ce droit en en définissant peu à peu les contours. C'est à partir d'un droit posé d' "en haut"<sup>27</sup> par le législateur, mais en termes très généraux, que l'A.R.T. a dégagé au cas par cas les contours concrets de ce droit. Après avoir reconnu un droit à l'interconnexion sur la téléphonie longue distance, l'ART entend bien promouvoir ce droit sur la boucle locale. Certains s'inquiètent des revendications croissantes au droit subjectif, revendications qui ne feraient qu'exacerber les conflits. Le phénomène peut certes effrayer quand on songe à ce qu'il est commun d'appeler « la dérive américaine ». On observera cependant que le fonctionnement des marchés repose sur les formes les plus absolues de la subjectivité juridique que sont le contrat et la propriété ou plus exactement les formes d'appropriation privative tant sont essentielles de nos jours les formes privatives d'appropriation de l'immatériel.

Le rôle du contrat mérite ici d'être souligné. Il existe, en effet, un important courant doctrinal qui suggère d'abandonner l'idée même de responsabilité contractuelle<sup>28</sup>, même si la résistance s'organise<sup>29</sup>. Ce débat peut paraître loin de notre propos et s'est focalisé sur la question des dommages-intérêts. Il mérite néanmoins d'être mis en perspective avec ce travail dans la mesure où il illustre de façon éclatante les revendications en termes de droits subjectifs. Pour ce courant, les dommages et intérêts payés au créancier sont différents en matière délictuelle et en matière contractuelle. Alors qu'en matière délictuelle, ils ont pour

<sup>25</sup> L. BOY, Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économique, in *Changement social et droit négocié*, sous la direction d'A. PIROVANO, Economica, 1988, 20. C'est ainsi que le propriétaire agit lui-même pour protéger ou mettre en œuvre son intérêt selon les modalités très précises que la loi lui reconnaît : *usus, fructus, abusus*, opposabilité à tous, droit de suite, pouvoir unilatéral d'abandon.

<sup>26</sup> G. DE LA PRADELL, op. cit., 228.

<sup>27</sup> F. OST, Entre jeu et providence, le juge des relations économiques, in *Les magistratures économiques et la crise*, Bruxelles, CRISP, 1984, 37 ; Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge, in *La force du droit*, sous la direction de P. BOURETZ, Esprit, Le Seuil, 1991, 241.

<sup>28</sup> D. TALLON, Pourquoi parler de faute contractuelle ?, *Ecrits en hommage à G. CORNU*, 1995, 429 ; Ph. REMY, Critique du système français de responsabilité, *Droit et cultures*, 1996/1, 47 ; La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, *RTDCiv* 1997, 323 ; E. SAVAUX, la fin de la responsabilité contractuelle ?, *RTDCiv*, 1999, 1.

<sup>29</sup> P. JOURDAIN, Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, T. 32, 1998, 65.

objet de réparer le <sup>?</sup>subi, en matière contractuelle, ils sont destinés à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si l'obligation avait été exécutée. Il ne s'agit pas de réparer un préjudice subi mais simplement de donner au créancier ce à quoi il avait droit en vertu du contrat. Cette analyse nouvelle repose, il faut en convenir, sur une vision exacerbée et sans doute excessive de la subjectivité juridique, ce qui explique que l'on ait pu plaider en faveur d'un « sursis » à accorder à la responsabilité contractuelle<sup>30</sup>. Elle traduit néanmoins une représentation particulièrement forte en termes de droits subjectifs des revendications des agents économiques, spécialement dans les secteurs qui s'ouvrent à la concurrence. La « guerre » économique s'appuie sur une idéologie juridique très puissante. Par le jeu combiné des « prétentions » des opérateurs et de la fonction de régulation de l'ART, se met ainsi en place un ordre public concurrentiel en matière de télécommunications fondé sur une concurrence effective entre opérateurs à qui sont reconnues des prérogatives de plus en plus précises comme tentera de le montrer cette partie du rapport. Il y a là une illustration du fait que la distinction entre un grand Droit de la concurrence fondé sur la défense de l'ordre public concurrentiel<sup>31</sup> et un petit droit de la concurrence visant à protéger les concurrents<sup>32</sup> est partiellement infondée comme le soulignent un certain nombre d'auteurs en droit général de la concurrence<sup>33</sup>. Même si schématiquement, on peut dire que cette distinction structure la répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence, chargé de l'examen des pratiques anticoncurrentielles, et l'A.R.T. chargée du respect de l'accès à l'interconnexion, les deux autorités concourent à l'encadrement des rapports entre les opérateurs économiques dans le secteur en pleine évolution qu'est celui des télécommunications. Cette répartition des compétences existait déjà dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Celle-ci confie au Conseil de la concurrence le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. En revanche, le contrôle des pratiques restrictives de concurrence (titre IV) lui échappe pour être confié aux tribunaux judiciaires, même si cette distinction n'est pas aussi étanche qu'on pourrait le penser<sup>34</sup>. On retrouve, semble-t-il, cette distinction comme clé première de répartition des compétences entre le Conseil et L'Autorité. Au Conseil, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, à l'Autorité, voire à l'autorité judiciaire<sup>35</sup>, celui des pratiques restrictives comme en témoigne la

<sup>30</sup> E. SAVAUX, la fin de la responsabilité contractuelle ?, RTDCiv, 1999, 1.

<sup>31</sup> Titre III de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

<sup>32</sup> Titre IV de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

<sup>33</sup> A. PIROVANO, Logique concurrentielle et logique contractuelle, in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., 293.

<sup>34</sup> R. POESY, *Aspects procéduraux du droit français des pratiques anticoncurrentielles : Etude des rapports entre le juge le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence*, Thèse Nice 1999.

<sup>35</sup> Tribunal de commerce de Paris, référé, 20 mai 2000, SA WAPPUP.COM contre France TELECOM et autres, <http://www.e-juris.org/>

décision de l'A.R.T. du 24 mai 2000 infligeant une amende à France Télécom. L'autorité s'est fondée notamment sur l'absence de transparence tarifaire de l'opérateur. Or l'on sait que la transparence est l'une des exigences essentielles du titre IV de l'ordonnance, dans la mesure où l'opacité permet souvent de mettre à jour des pratiques anticoncurrentielles<sup>36</sup>. Droit objectif et droits subjectifs participent, on le voit une fois encore, d'un seul et unique phénomène : les rapports juridiques.

L'importance du rôle de l'ART dans l'ouverture effective à la concurrence doit être soulignée<sup>37</sup> de même le fait que l'Autorité entend conserver un rôle moteur en ce domaine tout en y associant les acteurs par des procédures de consultation<sup>38</sup>. Il semble qu'après une période pendant laquelle l'Autorité a essentiellement voulu exercer une action pédagogique, s'ouvre une phase plus autoritaire<sup>39</sup>. En effet, son président avait rappelé que les décisions prises par le régulateur, ainsi que les conditions qui peuvent les accompagner, revêtent un caractère juridique d'obligation et doivent par conséquent être appliquées pleinement et sans délai par tous, sans exception ». Il avait tenu à ajouter que si l'Autorité n'avait pas encore utilisé le pouvoir de sanction qui lui donne la loi, ce n'était pas un oubli. Effectivement le 6 août 1999, l'ART a menacé France Télécom d'une amende pouvant aller jusqu'à 3% de son chiffre d'affaires ou du retrait de sa licence d'opérateur<sup>40</sup>. Dans sa décision n° 00-483 du 24 mai 2000, l'A.R.T., par un décision motivée, a infligé à France Télécom en application de l'article L 36-11 du Code des postes et télécommunications une amende de deux millions de francs pour avoir méconnu ses obligations en matière de transparence et de disponibilités de ses tarifs<sup>41</sup>. Elle observe que, malgré sa décision du 28 juillet 1999 notifiée à l'opérateur le 3 août 1999 lui enjoignant le respect de ses obligations et malgré les délais accordés (9 mois), France Télécom ne respectait pas ses obligations. L'Autorité insiste, par ailleurs, sur la gravité des comportements et des conséquences de ces derniers sur la concurrence<sup>42</sup>. En effet ce manquement a eu de graves répercussions sur le marché en contribuant « à maintenir une opacité tarifaire dommageable, d'une part, à la clientèle..., d'autre part aux opérateurs

<sup>36</sup> F. RIEM, Transparence et droit de la concurrence, Thèse en cours, Nice 2000.

<sup>37</sup> En deux ans et demi, l'ART a adopté environ 2000 avis et décisions !

<sup>38</sup> Début avril, l'ART a ainsi lancé une consultation publique sur le thème du dégroupage de la boucle locale dont les conclusions ont été rendues publiques. <http://www.art-telecom.fr>.

<sup>39</sup> On observe que le Conseil de la concurrence a suivi la même démarche.

<sup>40</sup> Ch. JAKUBYSZYN, *Le Monde* 7 août 1999.

<sup>41</sup> Article 17-1 du cahier des charges annexé au décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996.

<sup>42</sup> Elle s'est peut-être inspirée partiellement des conditions posées à la mise en œuvre de mesures provisoires devant le Conseil de la concurrence.

nouveaux entrants concurrents de France Télécom... »<sup>43</sup>. La construction du droit à l'interconnexion définie par l'article L. 32 du Code des postes et télécommunications se fait de façon progressive comme entend le démontrer ce travail.

### A. Le droit à une interconnexion.

Grâce au jeu combiné des ses avis et décisions, l'autorité a essentiellement consacré le droit à l'interconnexion des opérateurs de téléphonie dans le cas de la longue distance nationale et internationale et des mobiles, ce qui s'est traduit par une baisse sensible tes tarifs pour les consommateurs<sup>44</sup>. Elle a été amenée à reconnaître des contours de plus en plus précis à ce droit à l'interconnexion : droit à l'interconnexion elle-même, à une interconnexion sécurisée, à une interconnexion à haut débit, à une interconnexion multiservice, enfin droit à la maîtrise des paramètres techniques et tarifaires intervenant dans la fourniture de services d'accès à l'Internet pour garantir la liberté des opérateurs. Pour que la concurrence soit effective, l'Autorité entend développer les droits des concurrents de l'opérateur historique dans deux domaines essentiels, étroitement imbriqués compte tenu des avancées technologiques et tous deux indispensables à une réelle concurrence : l'Internet et la boucle locale. Nous tenterons d'analyser cette construction progressive des droits des opérateurs dans un contexte concurrentiel particulièrement mouvant du fait du poids de la rapidité des progrès technologiques en la matière. Cette construction illustre tout particulièrement deux idées que nous présentons dans deux parties de ce travail, même si elle entretiennent des rapports étroits. La première est celle selon laquelle toute définition du droit subjectif impose une conceptualisation des prérogatives reconnues à son titulaire. La seconde illustrera la spécificité de la régulation au regard de la réglementation (II de ce travail) dans la mesure où

l'on s'aperçoit que la « norme » peut se déduire, non d'une formulation *a priori* (la norme posée d'en haut), mais d'une construction progressive sur la base d'une « casuistique généralisable ».

Pour nous en tenir à la construction du droit subjectif à l'interconnexion, nous tenterons de façon certes imparfaite, compte tenu de la convergence entre les secteurs de la télécommunication, de l'informatique et de l'audiovisuel<sup>45</sup>, de préciser l'apport de l'A.R.T. à

<sup>43</sup> <http://www.art-telecom.fr>

<sup>44</sup> Plus de 14% de baisse.

<sup>45</sup> 5<sup>èmes</sup> entretiens de l'Autorité, 27 avril 2000.

la construction d'un droit à l'interconnexion en ne séparant pas pour des raisons de fond ce qui n'est pas séparable dans la réalité, l'interconnexion téléphonique et l'interconnexion à l'Internet. Nous essaierons néanmoins de présenter les étapes de la construction du droit à l'interconnexion.

Ces deux dossiers – droit à l'interconnexion et droit à l'Internet - sont effectivement intimement liés du fait des évolutions technologiques qui globalisent le marché des télécommunications<sup>46</sup>. Au départ, il existait pour des raisons techniques, au moins deux marchés différents : celui de la téléphonie et celui de la télédistribution qui passait par le câble ou le satellite, sans compter celui de l'informatique. Or, les innovations techniques permanentes ont conduit à mettre pour partie en concurrence la téléphonie et la télédistribution obligeant le régulateur à adopter une approche multiservice. Désormais, le câble intéresse les opérateurs non plus seulement pour la télédistribution mais pour Internet et les services de télécommunications qu'il peut permettre d'offrir. Une nouvelle ère s'ouvre au câble. En effet, Internet sur le câble présente de gros avantages pour les utilisateurs<sup>47</sup> et en conséquence une opportunité pour les opérateurs car les spécialistes s'attendent à une forte croissance<sup>48</sup>. La téléphonie est ainsi devenue le troisième service qui doit permettre d'améliorer la rentabilité des réseaux comme le prouve l'exemple des Etats-Unis<sup>49</sup>. L'accès à Internet via le câble y est déjà fortement développé par deux opérateurs, TCIP racheté par AT&T et Time Warner qui servent 700 000 foyers américains<sup>50</sup>. Parallèlement, les progrès technologiques redonnent aux opérateurs de téléphonie fixe un avantage concurrentiel grâce à l'ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) qui permet un accès à Internet à haut débit<sup>51</sup>. Cette technique<sup>52</sup> devrait se développer rapidement en raison de sa relative facilité d'installation et du fait qu'elle ne nécessite pas de travaux de génie civil<sup>53</sup>. Ces progrès

<sup>46</sup> « Les télécoms sont en train de devenir », du fait des innovations techniques permanentes, « une industrie avec une prédictabilité beaucoup moins forte qu'avant ». <sup>46</sup> D. ROUX, membre du collège de l'ART, *Stratégies Télécoms & Multimédia*, 8 juillet 1998.

<sup>47</sup> Rapidité des transferts, prix relativement abordables et disponibilité de la ligne de téléphone pendant l'utilisation d'Internet.

<sup>48</sup> D. ROUX, membre du collège de l'ART, *Stratégies Télécoms & Multimédia*, 8 juillet 1998.

<sup>49</sup> C'est ainsi qu'AT&T a racheté TCI en 1998. Sur la concentration en Europe : K. BLORET et G. NOUET, Les concentrations communautaires dans le secteur des télécommunications, *Rev. Concurrence*, n° 109, mai-juin 1999, 5.

<sup>50</sup> Ch. JAKUBYSZYN et E. RENAULT, Le Câble, le satellite et le téléphone se disputent l'accès à l'Internet Rapide, *Le Monde* 31 mai 1999.

<sup>51</sup> Les nouvelles technologies devraient permettre d'atteindre des vitesses 100 à 4000 fois supérieures à celle des modems classiques.

<sup>52</sup> Utilisant les procédés binaires, la téléphonie permet de transmettre des images.

<sup>53</sup> Il suffit d'installer des équipements ADSL dans les centres téléphoniques et un modem spécial chez le client final. France Télécom propose une location de 45 F par mois ou l'achat du modem pour 2000F.

technologiques soulèvent de vives controverses politiques et juridiques relatives à la boucle locale. En effet, France Télécom est le seul opérateur à avoir la maîtrise des derniers mètres de lignes reliant ses centraux téléphoniques aux clients puisqu'il maîtrise 99% de la boucle locale. La question de la boucle locale est devenue d'autant plus centrale que l'Internet à haut débit sera bientôt fourni aussi par satellite. Skybridge, avec ses satellites en orbite basse, est en mesure d'offrir le haut débit à 20 millions d'internautes connectés en même temps. Il devrait permettre dés 2002 de relier par satellite l'abonné à son fournisseur d'accès, via une antenne installée sur le toit.

Sur ces deux dossiers, l'ART a déjà rendu des avis et des décisions qui montrent sa volonté de créer au profit des concurrents de France Télécom un véritable droit à une connexion multiservice. Nous verrons néanmoins que cette dernière se heurte à France Télécom et au gouvernement qui, en l'espèce, ont longtemps fait cause commune.

### **B. Le droit à une interconnexion sécurisée.**

Avant d'aborder le droit à une concurrence multiservice, il importe de préciser que l'A.R.T. est venue définir au profit des opérateurs un droit à une interconnexion sécurisée<sup>54</sup>. Ce droit résulte d'une décision récente de l'A.R.T. en date du 5 janvier 2000 rendue à propos d'un contentieux faisant appel, une fois de plus, à des données techniques extrêmement complexes<sup>55</sup>. Il opposait France Télécom et Télécom Développement à propos de la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés du réseau de France Télécom<sup>56</sup>. Télécom Développement avait fait une demande d'interconnexion sécurisée auprès de France Télécom en juillet 1999. Dans la discussion qui s'est engagée, un désaccord est apparu, France Télécom proposant un même niveau de sécurisation pour l'accès à haut débit que celui qu'elle offrait pour l'accès au bas débit mais à un coût supérieur, jugé « discriminatoire » par son concurrent. L'abandon du système de discrimination, s'il était reconnu, supposait une renégociation des termes initiaux de la convention d'interconnexion, sous l'égide, bien sûr, de l'A.R.T. . Le débat était d'autant plus vif que la défaillance dans le système de sécurité pouvait se traduire par une interruption totale du service de l'opérateur concurrent de l'opérateur historique. A travers une « procédure » engagée sous les auspices de

<sup>54</sup> Décision n°00-30 du 5 janvier 2000.

<sup>55</sup> La formation des juristes devrait de plus en plus s'appuyer, selon nous, sur un double cursus : technique et juridique.

l'A.R.T., les points de vue des parties devaient peu à peu se rapprocher sans toutefois aboutir à un accord sur la définition des responsabilités de chacun et, en conséquence, sur les coûts de la sécurisation. Ce désaccord partiel justifiait cependant la compétence de l'Autorité. Ce contentieux très technique a abouti à une solution faisant appel à la très classique distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat<sup>57</sup>. En effet, si l'Autorité a considéré que s'il n'était pas possible à France Télécom de garantir une sécurisation totale, cette dernière « doit, en application du principe de non discrimination, proposer à Télécom Développement un mécanisme similaire » de sécurisation. En conséquence, elle a imposé à France Télécom de fournir une prestation de sécurisation des interconnexions des commutateurs d'abonnés par débordement du trafic sur le PRO dans les conditions qu'elle fixe dans sa décision, mais en limitant le débordement à des fins de sécurisation du réseau par Télécom Développement, (non pour gérer les pointes de trafic). Elle devait aussi justifier la demande de France Télécom faite à son concurrent de mettre lui aussi en œuvre des mesures de sécurisation des transmissions au delà d'un certain volume de trafic. Afin de garantir ce nouveau droit à une interconnexion sécurisée, l'A.R.T. exigeait des parties qu'elles concluent un avenant à leur convention initiale d'interconnexion<sup>58</sup>. Cette décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Paris, laquelle a débouté en son intégralité France Télécom de sa demande. Outre les apports de cette décision sur le terrain du droit processuel<sup>59</sup>, on observera que la Cour d'appel apporte des éclaircissements essentiels sur le terrain du droit substantiel à l'interconnexion. On relèvera spécialement deux points qui méritent attention. France Télécom faisait d'abord valoir que l'A.R.T. avait « utilisé le cadre du règlement des différends pour poser des principes généraux relatifs à la qualité de service des réseaux », lesquelles relevaient de la compétence réglementaire des autorités administratives. La Cour d'appel a rejeté ce moyen au motif que la décision rendue par l'A.R.T. , tant par la procédure que par les termes employés ainsi que les dispositifs ne concernait que les relations des parties en cause. Il est exact que cette décision rendue à propos d'un différend particulier relève de la « décision », laquelle identifie concrètement les parties au litige<sup>60</sup>. Il n'en reste pas moins, et c'est là tout l'avantage de la régulation, que la décision rendue en l'espèce a valeur d'exemple en ce sens qu'elle est l'occasion de formuler des principes – en l'espèce le droit à une

<sup>56</sup> Décision 00-30 du 5 janvier 2000. Site ART. précité.

<sup>57</sup> Présentée par DEMOGUE, cette distinction, même quand elle est critiquée, inspire fondamentalement les solutions jurisprudentielles et les explications doctrinales qui en sont proposées. Il suffit, à cet égard de consulter la plupart des manuels ou traités de droit des obligations.

<sup>58</sup> Les parties « devront conclure un avenant » ; les parties « traduiront la présente décision dans un avenant...dans les quinze jours suivants la Notification de cette décision »

<sup>59</sup> J.B. Racine, *infra*.

interconnexion sécurisée - à partir de données concrètes<sup>61</sup>. L'opérateur historique contestait ensuite le fait que le litige relevait du droit de l'interconnexion et donc des articles L. 24-8 et L. 36-8 du code des postes et télécommunications. Selon lui, le différend portant sur la sécurisation des réseaux, ne constituait pas un litige d' « interconnexion ». La Cour d'appel de Paris devait préciser à cette occasion que l'objet du différend soumis à l'A.R.T. portait non sur la sécurisation du réseau mais sur « la sécurisation des éléments de transmission et de commutation qui assurent l'interconnexion » des réseaux<sup>62</sup>. Elle confirme ainsi le fait que l'interconnexion n'est pas définie de façon définitive et figée dans le temps mais que c'est une notion évolutive compte tenu des progrès technologiques.

### C. Le droit à une interconnexion à haut débit.

La reconnaissance de ce droit s'est faite d'abord à propos de l'accès à Internet puis de l'accès à Internet à haut débit.

1) S'agissant de l'Internet, l'action de l'ART s'inscrit expressément dans la ligne du programme d'action pour « préparer l'entrée de la France dans la société de l'inform@tion », engagé par le Premier ministre. Dans l'attente de l'existence d'une concurrence effective sur la boucle locale, le régulateur a entendu agir par des décisions et des avis relatifs à des décisions tarifaires dans l'optique de permettre à ce marché de s'appuyer sur une concurrence effective. C'est ainsi que, dés le 10 juillet 1997, par deux décisions emblématiques, l'ART définissait les conditions d'une diversification des moyens d'accès à Internet, notamment par le câble, encourageant ainsi cette nouvelle forme d'accès à haut débit<sup>63</sup>.

Ces décisions méritent que l'on s'y attache sous l'angle de l'analyse du marché faite tant par l'Autorité que par la Cour d'appel de Paris. France Télécom a fait appel des décisions de l'ART en invoquant notamment l'incompétence du régulateur sur deux fondements juridiques. Selon l'opérateur historique « la convention d'exploitation de réseaux câblés conclue entre les parties n'exclut aucunement et ne restreint pas la prestation de services de télécommunications, l'ART n'était pas compétente pour statuer ». Par ailleurs, « les services

<sup>60</sup> G. DE LA PRADELLE, op. cit., 86.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> C.A. Paris 27 juin 2000 précitée

<sup>63</sup> Décision 97/209 réglant un différend entre Paris TV Câble et France télécom et décision 97/210 réglant un différend entre Compagnie Générale de Vidéocommunication et France Télécom. <http://art-telecom.fr/>

d'accès à l'Internet » que les entreprises souhaitent « proposer relèvent essentiellement de l'audiovisuel et ne constituent pas des services de télécommunications, de sorte que c'est encore à tort que l'Autorité s'est déclarée compétente ». Cette question de compétence soulevait, en réalité, une question de fond essentielle relative à l'existence d'un ou de deux marchés de la télécommunications, l'un étroit ne visant que la téléphonie, l'autre, large englobant les techniques conçues au départ pour la télédistribution. Se fondant sur les évolutions technologiques, l'ART puis la Cour d'Appel de Paris devaient adopter une définition large du marché, reconnaissant ainsi la compétence de l'ART. La question du marché pertinent mérite une attention toute particulière ainsi qu'en témoignent les analyses de l'A.R.T.. Nous aurons l'occasion d'y revenir mais la pertinence des descriptions faites par l'Autorité permet de préciser ce qui nous semble primordial. Le marché pertinent reçoit, en effet, une définition différente selon qu'il s'agit de définir les compétences de l'autorité de régulation (large définition du marché) ou selon qu'il s'agit pour cette dernière d'apprécier le marché pertinent au regard des textes réprimant les pratiques anticoncurrentielles (segments de marché). Selon la Cour d'appel de Paris, lorsque « la technique rend possible l'utilisation des réseaux câblés dans les deux sens :

- le sens descendant, qui transporte des signaux depuis la tête de réseau jusqu'à l'abonné,
- le sens remontant, qui transporte des signaux depuis l'abonné jusqu'à la tête du réseau et au-delà, comme dans le cas d'Internet, réseau mondial d'ordinateurs connectés entre eux », ceci « rend possible la communication (souligné par nous) entre ses utilisateurs »<sup>64</sup>.

Pour étayer son raisonnement, la Cour s'appuie aussi sur la directive de la Commission des Communautés européennes relative à la libéralisation totale des télécommunications et les directives relatives à la fourniture d'un réseau ouvert qui définissent les télécommunications comme des « services dont la fourniture consiste, en tout ou partie, en la transmission et/ou l'acheminement de signaux par des réseaux de télécommunications, ces derniers s'entendant des systèmes de transmission et, le cas échéant, de l'équipement de commutation et des autres ressources qui permettent le transport de signaux entre des points de terminaison définis, par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

Selon ces définitions, le marché des télécommunications déborde donc désormais largement celui la téléphonie<sup>65</sup>. Comme en matière de définition du marché pertinent dans le

<sup>64</sup> C. A Paris 28 avril 1998, deux arrêts.

<sup>65</sup> cf. *Infra* :le rapport du Conseil d'Etat.

domaine des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle de la concentration, c'est à la notion de substituabilité<sup>66</sup> des produits et des services que les Autorités de régulation entendent se référer pour appréhender le marché des télécommunications et partant, la compétence de l'ART. Notion économique, la substituabilité s'apprécie *in concreto* en tenant compte d'abord du coût puis d'un faisceau d'indices liés notamment aux conditions d'utilisation et des caractéristiques des produits et des services. Ce n'est donc pas à une vision parcellisée mais à une vision globale du marché des télécommunications que s'est ralliée la Cour d'appel. Le fait mérite d'être relevé dans la mesure où la définition du marché pertinent est essentielle dans la définition de la position dominante de l'entreprise sur le marché comme en témoignent les divergences d'interprétation qui ont opposé la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris dans l'affaire « France Loisirs »<sup>67</sup>. Plus large est le marché pertinent, moins grande est la place de l'entreprise dominante sur le marché<sup>68</sup>. C'est la raison pour laquelle l'Autorité raisonne parfois aussi en termes de segments de marché. Comme nous l'avons relevé, et la démarche nous paraît exemplaire, elle s'appuie tantôt sur la notion de marché pour justifier de sa compétence tantôt sur celle de segments de marché pour mieux appréhender la position dominante et, en conséquence, l'abus éventuel.

L'ART est consciente de l'importance de la notion de marché. Elle considère, en effet, que sa propre définition « doit être approfondie, car la réalité de la convergence dans le marché est une question forte à laquelle l'Autorité a cherché à répondre. C'est en distinguant et en rapprochant les services offerts par les acteurs économiques et les usages correspondant à une demande effective des consommateurs que l'on pourra parvenir à cerner l'évolution de ce marché »<sup>69</sup>. C'est dire qu' « aux indices objectifs, s'ajoute donc une appréciation subjective tenant à l'utilisateur »<sup>70</sup>. Aussi dans sa réponse au Livre vert de la Commission

<sup>66</sup> L. VOGEL, Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence, *JCP* 1994, I, 3737 ; L. VOGEL, A quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produit ?, *Contrats, conc., consom.*, 1992, juin ; M. C. BOUTARD-LABARDE et D. BUREAU, la détermination du marché pertinent, *RJDA*, 1993/11, 743 ; J.B. BLAISE et F. JENNY, Le droit de la concurrence. Les années récentes : bilan et synthèse, *RIDE* 1995, n°1, 91.

<sup>67</sup> Cass. com. 10 mars 1992, *Les Petites Affiches*, 22 janvier 1993, n°10, note DREFFUS-NETTER ; sur renvoi, la Cour d'appel a résisté à l'analyse : Paris 11 mars 1993, *BOCC* 26 mars 1993, 104.

<sup>68</sup> Le développement du service d'accès à Internet par le câble est réel mais encore très modeste, avec quelques dizaines de milliers d'abonnés, essentiellement à Paris. Le développement actuel du câble ne remet donc pas en cause à l'heure actuelle, la position dominante de France Télécom sur ce marché.

<sup>69</sup> Réponse de l'Autorité de régulation des télécommunications au Livre vert de la Commission européenne sur « la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation », mai 1998, <http://www.art-telecom.fr/> ; 5èmes entretiens de l'Autorité, 27 avril 2000 : Il paraît nécessaire de distinguer plus nettement la régulation du contenu (du ressort du CSA) et la régulation du contenant, que l'ART assure pour partie.

<sup>70</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, op. cit., 193.

européenne sur la convergence des secteurs des télécommunications, l'ART est-elle plus nuancée que cette dernière. Elle observe que la définition de la convergence donnée par le Livre vert est très générale et qu'elle doit être précisée pour refléter la réalité. La notion de convergence a été récemment contestée au profit de la notion « d'infosphère »<sup>71</sup>. La notion de convergence serait une notion trop commode évoquant une tendance quasi inéluctable à l'émergence d'un marché unique de la communication sous toutes ses formes. L'analyse doit X privilégier les enjeux relatifs aux contenus par rapport aux enjeux techniques. « Ce sont en effet les contenus (programmes audiovisuels, musique, édition, presse, radio, services, etc.), développés sous des formes inédites et prenant en compte les modes de vie et centres d'intérêts des consommateurs, qui susciteront l'intérêt et créeront de la valeur ajoutée ». Mis à part le concept nouveau d'infosphère qui se substitue à celui de convergence utilisé par le plus grand nombre, les analyses développées dans ce rapport rejoignent en tous points celles de l'A.R.T. sans rien y ajouter fondamentalement. Se fondant sur les « usages » correspondant à la demande effective des consommateurs, elle observe qu'« il y a certes des similitudes ... et même des cas de substituabilité des services appartenant à deux secteurs différents : le courrier électronique remplaçant l'appel téléphonique et surtout la télécopie, ou les sites Internet spécialisés concurrençant des émissions de télévisions, mais (que) dans la grande majorité des cas, chacun des secteurs reste le seul moyen de répondre aux besoins des consommateurs dans le domaine de sa spécialité »<sup>72</sup>. A terme cependant la distinction actuelle entre les réseaux de télécommunications et les réseaux de diffusion audiovisuelle fondée sur le type de services transportés deviendra de plus en plus artificielle, ce qui justifie la définition du marché retenue par l'ART et la Cour d'appel de Paris en matière de compétence' de l'Autorité de régulation. Compte tenu des évolutions technologiques et des usages des consommateurs, cette définition a vocation à être adaptée au cas par cas par les autorités de régulation<sup>73</sup>. Nous avons vu, en effet, qu'en ce qui concerne l'analyse des pratiques anticoncurrentielles, il fallait se référer à la notion de segment de marché.

S'agissant de l'accès à Internet, l'ART a eu aussi à connaître d'un dossier très médiatique : celui d'Internet à l'école. Ici encore le régulateur a veillé à ce que France X Télécom n'abuse pas de sa position dominante par le biais de ses avis sur proposition tarifaire. Tout en faisant une nouvelle fois siens les objectifs du gouvernement pour *Préparer l'entrée*

<sup>71</sup> L'infosphère : stratégies des médias et rôle de l'Etat, Rapport du groupe présidé par E. BAPTISTE, <http://www.plan.gouv.fr/publications>

<sup>72</sup> Réponse précitée.

de la France dans la société de l'inform@tion, elle a d'abord rendu un avis défavorable à la première proposition tarifaire de France Télécom concernant l'accès des écoles à Internet. La proposition de l'opérateur était fondée sur le principe d'un forfait de connexion à Internet par le réseau téléphonique<sup>74</sup>. Or cette proposition incluait l'utilisation de trois segments : le segment 1 correspondant à l'usage du réseau public commuté, le segment 2, relatif au transport de données et le segment 3, relatif, lui, à l'accès à Internet. L'ART faisait observer qu'aujourd'hui seule France Télécom est présente sur le premier segment. Elle rappelait en conséquence que « les règles de la concurrence n'autorisent pas un opérateur à grouper ses prestations dés lors qu'il est en position dominante sur l'un des segments du marché, ce qui est le cas de France Télécom sur le segment 1". En effet, une telle offre groupée empêche les opérateurs de transport de données<sup>75</sup> et les fournisseurs d'accès à Internet<sup>76</sup> de "fournir une offre d'accès à Internet aux établissements scolaires, et élève donc sur ces marchés une barrière à l'entrée »<sup>77</sup>. Malgré sa suggestion de permettre à tous les opérateurs qui le souhaitaient d'accéder à la boucle locale, France Télécom maintenait son offre initiale et, contre l'avis de l'ART, le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie a pris le 20 mars 1998 la décision d'homologuer la proposition tarifaire décidée par France Télécom. L'ART devait finalement donner un avis favorable sur la décision tarifaire n° 98098 E de France Télécom concernant les offres d'accès aux écoles et des établissements scolaires aux fournisseurs d'accès à Internet le 7 juillet 1998. L'opérateur historique a fini, en effet, par répondre aux conditions posées par cette dernière en permettant « aux opérateurs interconnectés d'utiliser le réseau téléphonique local de France Télécom (segment 1) dans des conditions équivalentes à celles dans lesquelles France Télécom l'utilise pour elle-même lorsqu'elle fournit ses offres aux établissements scolaires »<sup>78</sup>.

En réponse à une demande du gouvernement et avec la volonté d'engager une « régulation concertée », l'Autorité a réuni début 1999 l'ensemble des acteurs du dossier des tarifs d'accès à Internet. Son objectif était double : assurer une évolution des tarifs favorables aux consommateurs ainsi que l'établissement d'une concurrence effective entre opérateurs et la consolidation d'une concurrence encore fragile entre les fournisseurs d'accès et de

<sup>73</sup> Voir dans le même sens, le rapport du Conseil d'Etat, infra.

<sup>74</sup> Avis n°98/180 du 11 mars 1998, JO 25/07 /98.

<sup>75</sup> Ils étaient une quinzaine.

<sup>76</sup> Une centaine dont de nombreuses PME innovantes.

<sup>77</sup> Avis n°98/180 du 11 mars 1998, JO 25/07 /98.

<sup>78</sup> Avis n° 98-630 de l'ART.

services<sup>79</sup>. C'est sur ces bases que l'ART rejetait initialement la notion de forfait illimité mais donnait un avis favorable sur le forfait de communications mensuel de 100 francs pour 20 heures présenté par France Télécom à la condition expresse que la proposition soit modifiée sur deux points essentiels pour l'ouverture d'une concurrence effective<sup>80</sup>.

France Télécom proposait de limiter le bénéfice du forfait, d'une part, aux numéros géographiques gérés par elle-même<sup>81</sup> à l'exclusion des autres numéros géographiques gérés par ses concurrents, d'autre part, aux numéros d'ISP (Internet Service Provider) utilisant les services de Transpac, filiale de France Télécom. Considérant que de telles limitations constituaient un abus de position dominante, notamment parce que France Télécom utilisait sa position de quasi-monopole sur la boucle locale pour imposer aux ISP d'utiliser les services de sa filiale, l'ART demandait à l'opérateur d'inclure dans le forfait tous les numéros géographiques et de faire bénéficier du forfait l'ensemble des ISP accessibles via des numéros non géographiques, lorsque ces ISP et les opérateurs de transport IP le souhaitent. L'ART usait habilement de la menace pour contraindre France Télécom à mettre en œuvre ses propositions en liant les futures négociations entre les opérateurs et France Télécom sur les tarifs d'interconnexion aux procédures de règlement des différends : « il n'appartient pas à l'autorité de se prononcer sur le niveau des tarifs d'interconnexion dans le cadre du présent avis ; elle y sera amenée dans le cadre d'une procédure de règlement de différends actuellement en cours d'instruction »<sup>82</sup>. Les ministres ont donc homologué la proposition de France Télécom en retenant les conditions posées par l'ART dans son avis et l'opérateur public devait lancer son forfait le 2 août 1999. Pour les opérateurs privés comme pour l'opérateur historique, l'enjeu est extrêmement important. En effet, « le trafic lié à Internet est en train d'exploser littéralement. La part du trafic Internet dans les communications locales est déjà passé de 7% l'an dernier à plus de 12% cette année et devrait représenter la moitié du trafic local dès 2001-2002 »<sup>83</sup>. Outre France Télécom, plusieurs fournisseurs comme Infonie-Siris ou Club-Internet ont déjà proposé une offre couplant le forfait de 100 F pour 20 heures de communications avec leur abonnement mensuel.

<sup>79</sup> Présentation du rapport public d'activité pour 1998 par M. J-M. Hubert, le 12 juillet 1999, 2.

<sup>80</sup> Avis n° 99-289 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 21 mai 1999 sur la décision tarifaire de France Télécom n° 99042 E relative à la nouvelle option tarifaire « forfait Internet ». <http://art-telecom.fr/>

X <sup>81</sup> Numéros de téléphone ordinaire à dix chiffres commençant par 01, 02, 03, 04, ou 05 et gérés par France télécom.

<sup>82</sup> Avis n° 99-289, précité, 3. L'autorité évoquait le différend entre France Télécom et Cégétel Entreprises dans lequel elle a rendu une décision le 28 juin 1999. Décision n° 99-539. <http://art-telecom.fr/>

<sup>83</sup> G. FRAISSARD, Le forfait Internet de France Télécom dévoilé, *Le Monde* 28 juillet 1999.

2) La reconnaissance du droit à l'interconnexion des concurrents de France Télécom ne se fait cependant pas sans difficultés comme en témoigne la question de l'accès rapide à Internet. La technologie ADSL (Asymmetrical Digital Subscriber Line), bien maîtrisée par l'industrie française, permet d'augmenter très fortement les vitesses d'échange sur Internet et de développer l'offre de contenus multimédia sur le réseau<sup>84</sup>. Grâce à cette évolution technologique majeure, il est possible d'utiliser une même ligne téléphonique, et de manière simultanée, pour téléphoner et naviguer sur le Web. France Télécom a expérimenté l'ADSL depuis le début de 1998 dans plusieurs villes et, avec l'accord des ministres concernés, a fait des propositions tarifaires à l'ART. Dans un premier temps l'offre pour la somme de 265 F par mois ne s'adresse qu'aux six premiers arrondissements parisiens et à trois communes des Hauts-de-Seine (Issy-les-Moulineaux, Neuilly-sur-Seine et Vanves), le développement de l'ADSL impliquant la mise en place progressive de nouveaux équipements dans le réseau<sup>85</sup>.

L'affaire est très complexe et illustre ce qu'un auteur a pu qualifier de contentieux en étoile<sup>86</sup>. En effet, le Conseil de la concurrence était saisi le 26 mai 1999 par la société Grolier Interactive Europe/ Online Groupe d'une demande visant à reconnaître que France Télécom, par le biais de sa filiale Wanadoo, violait les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et abusait ainsi de sa position dominante. En conséquence, l'entreprise demandait que soient prises des mesures conservatoires, notamment la suspension de toute commercialisation de l'offre d'accès rapide à Internet tant que France Télécom ne présentait pas à ses concurrents les informations nécessaires à la mise en place de la même offre d'accès à Internet par ADSL. Le Conseil, conformément à l'article 36-10 du Code des postes et télécommunications, saisissait pour avis l'ART, laquelle devait, peu après, se prononcer par avis sur la demande de proposition tarifaire formulée par France Télécom. Les positions des deux autorités de régulation se rejoignent pour stigmatiser les comportements de France Télécom alors que le gouvernement a approuvé totalement l'attitude de l'opérateur public. Dans sa décision du 23 juin 1999, le Conseil relève, d'une part, l'abus de position dominante de France Télécom de nature à fausser le jeu de la concurrence<sup>87</sup>, d'autre part, le fait que les

<sup>84</sup> A travers des installations téléphoniques classiques, le débit offert est de 512 Kbits/s du fournisseur vers l'abonné et de 128 Kbits/s dans l'autre sens.

<sup>85</sup> E. RENAULT : « Selon Gérard Moine, directeur des relations extérieures de France Télécom, l'opérateur compte investir près de 2 milliards de francs en trois ans pour déployer l'ADSL et espère obtenir 200 000 à 300 000 abonnés.

<sup>86</sup> M. A. FRISON-ROCHE. *su*

<sup>87</sup> Décision n° 99-MC-06 du 23 juin 1999.

pratiques de l'opérateur étaient de nature à porter "une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou de l'entreprise plaignante". En conséquence, il a enjoint à France Télécom de geler son offre durant quinze semaines à compter du 15 juillet et de communiquer à tous les fournisseurs qui lui en font la demande les informations techniques recueillies à l'occasion des tests, ces mesures lui paraissant rester "strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence". Le conseil observe à cet égard que l'abus de position dominante était d'autant plus flagrant que " le développement commercial des services d'accès à Internet par le câble reste aujourd'hui embryonnaire, le nombre d'abonné à un tel service étant de 22 000 au 1<sup>er</sup> mars 1999"<sup>88</sup>. La gravité et l'immédiateté de l'atteinte à la concurrence justifiaient donc le prononcé de ces mesures d'urgence<sup>89</sup>.

Peu après, l'ART devait, quant à elle, se prononcer par avis sur la demande de proposition tarifaire faite par France Télécom pour son service ADSL<sup>90</sup>. Visant expressément la décision du Conseil de la concurrence enjoignant à France Télécom Interactive de ne lancer son service à haut débit sur ADSL qu'à compter de début novembre 1999, l'Autorité émettait un avis favorable sous quatre conditions<sup>91</sup> visant à ce que les opérateurs tiers puissent fournir des services équivalents et donc à ce que la concurrence soit effective. Elle devait immédiatement être désavouée par le Ministre de l'Economie et des finances et Ch. Pierret, secrétaire d'Etat à l'industrie, qui le 12 juillet 1999, usant de leur pouvoir discrétionnaire, homologuaient les tarifs de France Télécom, sans retenir les conditions de l'ART<sup>92</sup>. Cette décision ministérielle a été interprétée comme un "revers" pour l'ART et traduit incontestablement le fait que le dossier sur l'Internet et, au-delà, sur la boucle locale n'est pas prioritaire pour le gouvernement, comme en témoigne un rapport remis au secrétaire d'Etat à l'industrie par M. J.F. Abramantich<sup>93</sup>. L'hypocrisie de ce rapport mérite d'être soulignée. Alors que ce dernier met l'accent sur le fait que la France doit rattraper le retard dans le domaine

<sup>88</sup> Le conseil se réfère sur ce point à l'avis de l'ART du 11 juin 1999.

<sup>89</sup> En revanche, le 3 mai 2000, le Conseil de la concurrence a rejeté une demande de mesure conservatoires faite par Planète Câble aux motifs « que la simple constatation d'un manque à gagner ou d'une réduction du bénéfice d'une société est, en tout état de cause, insuffisante pour caractériser une situation de danger grave et immédiat ». <http://www.e-juris.org/concurrence/>

<sup>90</sup> Avis n° 99-582 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 7 juillet 1999. <http://art-telecom.fr/>

<sup>91</sup> Fournir les informations collectées pendant la phase des tests aux autres ISP, séparer Netissimo des autres services, fournir aux ISP une interconnexion indirecte sur la boucle locale et enfin ne pas subordonner Netissimo à un abonnement téléphonique.

<sup>92</sup> E. RENAULT, L'accès rapide à Internet oppose le gouvernement et l'ART, *Le Monde* 14 juillet 1999.

d'Internet par l'adoption de règles nouvelles, il conclut au fait que la loi de 1996 serait déjà dépassée mais qu'il serait aussi impossible de légiférer en raison d'un environnement technologique mouvant. Conscient qu'il faut faire porter l'effort sur la boucle locale, M. Abramantic (Président du W3C, World Wide Web consortium) estime que l'Etat doit s'attacher à donner l'exemple, plutôt qu'exercer une autorité de contrôle sur la toile. Une telle attitude méconnaît les analyses tant de la Commission européenne que celles de l'ART sur la définition du marché élargi des télécommunications. Elle fige le marché de la téléphonie en niant toute possibilité d'adaptation de la définition des télécommunications<sup>94</sup>, subordonnée à une redéfinition lointaine de ce marché en faisant croire cependant à une volonté de lutter contre le monopole sur la boucle locale.

Peut-on pour autant parler de "camouflet" essuyé par l'ART ? Nous ne le pensons pas et ce pour diverses raisons qui tiennent à ce que la régulation est un processus inexorable, compte tenu des pouvoirs mais aussi, et paradoxalement, des "non-pouvoirs" de l'ART. La légitimité de cette dernière ne pose plus de problèmes<sup>95</sup>. Plus fondamentalement, l'architecture de ses pouvoirs et sa volonté d'assurer une régulation concertée lui assurent une marge de manœuvre sans doute mal appréciée par le gouvernement.

D'abord, et comme prend soin de l'affirmer l'ART, tout "calendrier d'extension" de l'ADSL relève de son initiative et du respect des conditions imposées à l'opérateur historique. En conséquence, "lorsqu'elle sera amenée à rendre son avis sur une proposition d'extension, l'Autorité s'assurera que France Télécom :

- respecte les quatre conditions posées en matière d'égalité entre ISP, et rappelées ci-dessus,
- et fournisse aux opérateurs tiers une offre leur permettant de bâtir des services de même nature que Netissimo et Turbo IP".

C'est dire que, jouant des jeux du contrat et du procès<sup>96</sup>, l'ART arrive à contraindre France Télécom et le gouvernement à jouer le jeu d'une concurrence effective<sup>97</sup>. Par ailleurs, dans ses

---

<sup>93</sup> M. ALBERGANTI et E. RENAULT, Une réglementation spécifique est nécessaire au développement d'Internet en France, Un rapport remis au gouvernement juge la loi de 1996 dépassée, *Le Monde* 21 juin 1999.

<sup>94</sup> Contra : supra où nous avons montré que l'ART, se basant sur le concept de substituabilité des services avait adopté une conception large des télécommunications.

<sup>95</sup> Infra : III.

<sup>96</sup> Infra : II.

dernières décisions, l'ART a clairement exposé quelles étaient selon elle les véritables conditions de l'accès à une réelle interconnexion : à savoir la concurrence sur la boucle locale. Même si elle a su user de patience pour prendre en compte le résultat de certaines expérimentations, l'Autorité de régulation a clairement fait savoir quel était son futur cheval de bataille. Comptant sur l'appui des opérateurs privés, elle imposera sans doute assez vite un droit général à l'interconnexion pour tous les opérateurs, notamment, un droit à un débit rapide.

Il est intéressant à cet égard de signaler l'avis n° 00-28 de l'A.R.T. du 7 janvier 2000 rendu sur la demande du Conseil de la concurrence. Celui-ci avait été saisi d'une demande de mesures conservatoires présentées par 9 Télécom relatives à certaines pratiques de France Télécom sur le marché des services d'accès à Internet à haut débit via les technologies xDSL. Cet avis, sollicité par le Conseil, était essentiel pour apprécier les conditions d'octroi des mesures conservatoires posées par l'article 12 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Celui-ci exige que soit rapportée la preuve d'une atteinte « grave et irrémédiable » (conditions cumulatives) à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Ces conditions sont très exigeantes et expliquent que l'on ait pu écrire : « alors qu'il ne se passe presque pas de mois sans que le Conseil soit saisi d'une demande de mesures conservatoires, il ne les accorde presque jamais »<sup>98</sup>. Les mesures provisoires ordonnées par le Conseil sur la base de l'article 12 constitueraient ainsi des « hypothèses d'école »<sup>99</sup>. Il est vrai que le Conseil a été saisi à plusieurs reprises en matière de télécommunications par des concurrents de France Télécom et qu'il a généralement rejeté les demandes au motif que les conditions de l'article 12 n'étaient pas réunies<sup>100</sup>. Dans le conflit entre France Télécom et 9 Télécom, le Conseil demandait donc à l'A.R.T. son avis sur la situation concurrentielle sur ce marché, afin de vérifier si les conditions d'octroi de mesures conservatoires étaient réunies. La complexité non seulement économique mais aussi technique du dossier justifiait la saisine de cette dernière<sup>101</sup>. L'autorité

<sup>97</sup> J. CHEVALLIER, op. cit., 49, montre que "tout se passe comme si les dispositifs de régulation, de type vertical, mis en place au gré de l'ouverture des marchés étaient pris à contre-pied, court-circuités par les stratégies transversales déployées par les opérateurs ... de sorte que l'Etat a en fin de compte a "peu de prise sur des processus qui échappent désormais largement à sa médiation et à son contrôle".

<sup>98</sup> E. PUTMAN, *Contentieux économique*, Thémis, PUF, 1988, n°217.

<sup>99</sup> L. IDOT, *Rev. Justices*, n° 2, 1995, 330, n°4, 1996, 324.

<sup>100</sup> Conseil de la concurrence, décision n° 99-MC-O4 du 10 mars 1999 ; Décision n° 99-MC-11 du 21 décembre 1999 ; Décision n° 99-MC-12 du 23 décembre 1999 ; Conseil de la concurrence 3 mai 2000 précité.

<sup>101</sup> Compte tenu des enjeux du développement de la concurrence sur la boucle locale, deux groupes de travail avaient été mis en place : l'un sur les aspects économiques, l'autre sur les « aspects techniques et opérationnels ».

de droit commun et l'autorité sectorielle ont ainsi apporté la preuve de la complémentarité de leur action<sup>102</sup>.

✕ L'avis de l'A.R.T. rendu dans le cadre de cette affaire est extrêmement intéressant à plusieurs égards. Il démontre d'abord que l'Autorité, tout en ayant conscience de la « convergence », essaie de cerner au plus près la notion de marché pertinent, en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. La demande de mesures provisoires se rattache, en effet, à une demande au fond tendant à dénoncer un abus de position dominante de la part de France Télécom. A cet égard, on observera que, dans un contexte de convergence, les experts ont su clairement distinguer, au sein du marché des télécommunications, le marché spécifique des « offres d'accès à haut débit par la technologie ADSL ». Nous avons déjà signalé l'importance de la notion de marché pertinent dans l'étude des pratiques anticoncurrentielles et notamment le fait que, plus le marché considéré est grand, moins il y a possibilité de retenir l'existence d'une position dominante, et en conséquence d'un abus. L'A.R.T. a donc, tout en signalant à plusieurs reprises la convergence des technologies, montré qu'en l'état du développement de ces dernières il était possible de distinguer ce marché de fourniture de services de transmission de données à haut débit s'appuyant sur une infrastructure existante largement déployée (la boucle locale téléphonique), non seulement des services d'accès à Internet à bas débit, mais encore des autres technologies d'accès à haut débit comme le câble ou la boucle locale radio. De ce point de vue, cet avis nous paraît exemplaire d'une analyse concrète du marché pertinent par rapport au concept quelque peu abstrait de marché contestable<sup>103</sup>.

L'avis de l'A.R.T. nous semble aussi remarquablement traduire cette construction progressive du droit à l'interconnexion, en l'espèce d'un droit à l'interconnexion à haut débit par l'ADSL. Par l'analyse du marché pertinent et de l'abus éventuel que pourrait commettre l'opérateur historique sur ce dernier, elle contribue à définir les droits des concurrents. De la même façon que le juge a su dessiner les déontologies des professionnels en définissant les responsabilités pour faute ou les responsabilités sans faute de ces derniers, l'Autorité, en aidant le Conseil à préciser le marché et les conditions de mise en œuvre des mesures provisoires, a contribué à fixer les conditions de la « mise en œuvre effective » d'un droit « immédiat » pour les opérateurs d'exercer en haut débit « les activités qui leur sont

---

<sup>102</sup> K. INGEBORG, infra.

propres »<sup>104</sup>. Nous verrons que cet avis qui établit la position dominante de France Télécom et l'urgence qu'il y avait à prendre des mesures provisoires a été suivi par une décision du Conseil de la concurrence du 18 février 2000 imposant un mini-dégroupage. Cet avis s'inscrit cependant, comme le souligne l'Autorité elle-même, dans la démarche qu'elle a engagée avec les différents opérateurs pour l'ouverture définitive à la boucle locale et le calendrier proposé pour mettre en œuvre les options retenues par ces derniers. C'est dire que l'A.R.T. est consciente de cette construction progressive et en perpétuel mouvement de l'ouverture à la concurrence.

#### **D. Le droit à la maîtrise des paramètres techniques et tarifaires.**

Il résulte de la décision 00-489 du 26 mai 2000 que nous avons déjà évoquée à propos de la transparence tarifaire. Lors de négociations entre France Télécom et 9 Télécom Réseau, France Télécom a entendu résilier le protocole en proposant un schéma d'interconnexion directe au lieu et place du schéma d'interconnexion indirecte existant. L'Autorité a considéré cette proposition comme un refus d'interconnexion au sens de l'article L 36-8 du code des postes, ce qui justifiait sa compétence. Il existait bien un différend dans la mesure où chaque partie demande que l'autre lui fournisse une prestation d'interconnexion différente et exclusive l'une de l'autre. Elle a précisé que « revenir sur la prestation d'interconnexion objet du protocole d'accord du 24 juin 1999 ne paraît pas justifié alors que celle-ci est raisonnable au regard des besoins du demandeur et des capacités de France Télécom à la fournir ». Cela risquait même de remettre en cause les offres de collecte et de transport de trafic Internet de 9 Télécom Réseau. L'ancienne connexion indirecte était plus avantageuse pour le concurrent à tous points de vue : économique, technique et commercial. Economiquement, l'interconnexion indirecte permet à l'opérateur interconnecté une meilleure maîtrise des paramètres économiques (versements aux fournisseurs d'accès et marges). Du point de vue technique, elle lui laisse le choix des points d'interconnexion. Enfin commercialement, le schéma d'interconnexion indirecte laisse une plus grande liberté à l'opérateur et permet le développement d'offres et concurrentielles. L'A.R.T. a en conséquence enjoint à France Télécom de faire droit à la demande d'interconnexion indirecte de 9 Télécom Réseau dans

<sup>103</sup> La contestabilité du marché dans les modèles économiques nous semble trop souvent être une contestabilité théorique n'étudiant pas suffisamment les coûts d'entrée et les conditions techniques d'entrée sur le marché. W. BAUMOL, J.C. PANZAR, R.D. WILLIG.

<sup>104</sup> Décision du 7 janvier 2000 précitée.

~~X~~ délai de quatre semaines sans toutefois « imposer l'instrument juridique particulier matérialisant cette obligation ».

Cette décision est intéressante dans la mesure où elle a permis non seulement de préciser le contenu du droit à l'interconnexion mais encore de montrer que l'Autorité entend contrôler les révisions contractuelles des conventions d'interconnexion, ce qui confirme les jeux qu'elle opère entre contrat et procès et le fait que la régulation est un processus permanent<sup>105</sup>.

E. La construction d'un droit d'accès à la boucle locale. *(en pros?)*

De façon discrète mais soutenue, l'ART avait mis l'accent dans ses décisions antérieures sur l'obstacle majeur à une concurrence effective en matière de télécommunications : le contrôle quasi absolu par France Télécom de la boucle locale. Le 7 juillet 1999, elle subordonnait la proposition tarifaire Netissimo de France Télécom à ce que l'opérateur propose "une offre permettant aux opérateurs tiers de fournir de tels services; un accès égal de l'ensemble des opérateurs à un niveau suffisamment dégroupé du réseau local de France Télécom est donc nécessaire"<sup>106</sup>. Plus explicite encore, l'Autorité considérait le 21 mai 1999 que " la nécessité d'améliorer à court terme la tarification de l'accès à Internet ne dispensait nullement de rechercher et de proposer des solutions structurelles favorables à moyen terme aux utilisateurs : le développement sur la boucle locale est indispensable pour diminuer les tarifs, améliorer la qualité et diversifier l'offre"<sup>107</sup>.

Théoriquement l'ouverture de la boucle locale devait s'opérer au 1<sup>er</sup> janvier 1998. Pour des raisons techniques<sup>108</sup> et stratégiques<sup>109</sup>, ce projet a été remis à une date ultérieure<sup>110</sup>. Il semble néanmoins que désormais le marché local soit devenu l'enjeu fondamental de la concurrence dans le domaine des télécommunications, et ce faisant, dans la définition d'un véritable droit à l'interconnexion. Sur ce dossier stratégique, les autorités compétentes ont des avis divergents. Le Ministère préférait des modes alternatifs au marché local, comme la boucle radio qui a fait l'objet de plusieurs expérimentations et le câble, insusceptible en fait à l'heure actuelle, de

<sup>105</sup> Infra : II.

<sup>106</sup> Décision n° 99-582 précitée.

<sup>107</sup> Avis n° 99-289 précité.

<sup>108</sup> La nécessité de tester notamment la radio locale.

<sup>109</sup> Ne pas prendre de plein fouet France Télécom.

<sup>110</sup> 1<sup>er</sup> janvier 2001.

concurrencer la téléphonie fixe<sup>111</sup>. L'ART pour sa part, relevait que ce segment du marché était déterminant pour un droit effectif à l'interconnexion. "Aujourd'hui, France Télécom maîtrise 99% du marché local estimé à plus de 50 milliards de francs et limite d'autant les marges de manœuvre de ses concurrents qui sont cantonnés pour l'heure au marché longue distance"<sup>112</sup>. J. M. HUBERT a donc rappelé, lors de la présentation du deuxième rapport de l'ART, la philosophie de cette dernière : l'ouverture de la boucle locale, même si "ni les directives communautaires ni la loi de 1996 qui les transposent n'ont prévu explicitement la mise en œuvre du dégroupage de la boucle locale, constitue un élément et tout état de cause indispensable au développement effectif de la concurrence"<sup>113</sup>.

Sur ce dossier extrêmement délicat, les interrogations techniques et juridiques sont nombreuses et les enjeux économiques expliquent les résistances de France Télécom et du gouvernement. Pour créer une concurrence effective sur ce segment, il existe soit des solutions alternatives à la téléphonie, soit le dégroupage. L'ART est décidée à les faire avancer de façon simultanée. En effet, s'il semble pour l'heure que les solutions s'appuyant sur l'exploitation ou l'établissement d'infrastructures alternatives ne soient pas encore vraiment fiables et véritablement concurrentielles ; les choses pourraient évoluer très rapidement. L'Autorité de régulation avait donc annoncé qu'elle publierait avant la fin de l'année 1999 ses conclusions sur le sujet. Les opérateurs ont eu un avant-goût de ses positions puisqu'elle a livré la synthèse de la consultation engagée en avril 1999. Cette consultation avait pour objectif de mesurer les enjeux de l'ouverture de la boucle locale et de recueillir l'avis des opérateurs sur les cinq options envisagées. Sans entrer dans le détail de ces dernières<sup>114</sup>, on observera que la quasi-totalité des opérateurs ont insisté sur le fait que les enjeux du développement de la concurrence sur la boucle locale concernent essentiellement les services à haut débit pour lesquels les entreprises et les particuliers manifestent une demande croissante du fait notamment de l'apparition des technologies xDSL sur paires de cuivre. Ce sont finalement les options 1 et 3 qui ont été retenues comme les plus adaptées à l'ouverture à la concurrence dans des conditions de mise en œuvre pragmatiques<sup>115</sup>. Il s'agit, d'une part, du dégroupage de la paire de cuivre qui consiste en la fourniture de paires de cuivre nues à un opérateur entrant, celui-ci installant ses propres équipements de transmission sur ces paires.

<sup>111</sup> 22 000 abonnés seulement.

<sup>112</sup> T.D.J., Le marché local, enjeu de la concurrence, *La Tribune*, 13 juillet 1999.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> <http://www.art-telecom.fr>

<sup>115</sup> Sur les cinq options, voir le site de l'Autorité.

Dans cette option qui suppose une colocalisation dans les locaux de l'opérateur propriétaire des boucles locales (France Télécom), l'opérateur maîtrise les éléments permettant de fournir le service à l'exception de la boucle locale elle-même. L'autre option retenue (option 3) est qualifiée d'accès à un service virtuel permanent. La solution réside dans la fourniture de transport de données à haut débit entre l'abonné et le point de présence de l'opérateur d'un circuit virtuel affecté à chaque raccordement haut débit<sup>116</sup>. Mise en œuvre partiellement dans certains pays de l'Union européenne, elle permet de supprimer la colocalisation des opérateurs nouveaux dans les centres de France Télécom et au client du nouvel opérateur de rester client de l'opérateur historique pour les services de téléphonie vocale ou de choisir d'être client du nouvel opérateur pour l'ensemble des services. Il est intéressant de noter pour notre propos que l'A.R.T. a insisté sur le fait que le dégroupage suppose des dispositions spécifiques en matière de régulation, dispositions qui soient suffisamment précises pour un dégroupage effectif. Elle a ainsi annoncé qu'elle allait s'attacher à « faire aboutir une solution qui permette aux nouveaux entrants d'offrir des services à haut débit xDSL dans des conditions équivalentes à celles » proposées par France Télécom. Par ailleurs, le débat sur le dégroupage a aussi été engagé dans les autres pays européens où le principe semble acquis<sup>117</sup>. La Commission européenne a en effet adopté le 24 novembre 1999 une recommandation visant à favoriser le dégroupage sur la boucle locale et fixant les prix plafonds recommandés sur lesquels les autorités réglementaires nationales pourront se baser pour apprécier si les prix sont effectivement fondés sur les coûts<sup>118</sup>. Cette recommandation invite également les Etats membres à mettre en œuvre d'autres mesures complémentaires afin de stimuler la concurrence et l'innovation technique niveau du réseau d'accès local, lequel constitue « un goulet d'étranglement », spécialement pour la mise en place des services à haut débit par d'autres fournisseurs<sup>119</sup>. L'A.R.T., dans son commentaire sur le projet de communication de la Commission sur le dégroupage, a estimé que l'échéance de 2000, bien que très ambitieuse, lui paraît compatible avec les attentes du marché. Elle a, par ailleurs, insisté pour que le cadre

---

<sup>116</sup> L'A.R.T. partage sur ce point l'avis de la Commission européenne. L'opérateur historique ne doit pas coupler la fourniture de services d'accès rapide à Internet avec l'abonnement au service téléphonique. Outre la dimension concurrentielle de cette pratique condamnée, on notera son aspect consumériste. Il faut rappeler, en effet, que l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibe la pratique des ventes subordonnées et des ventes liées à l'égard d'un consommateur, même si une telle pratique n'est plus prohibée dans les rapports entre professionnels.

<sup>117</sup> T.D.J., Le marché local, enjeu de la concurrence, *La Tribune*, 13 juillet 1999.

<sup>118</sup> Faisant suite au « Working document : unbundled access to the local loop ».

<sup>119</sup> *La Tribune*, 26 nov. 1999.

réglementaire du secteur permette le respect des principes essentiels et fondamentaux que sont ceux de non-discrimination, d'objectivité et de transparence<sup>120</sup>.

La boucle locale est en enjeu décisif dans la mesure où la maîtrise de l'accès direct à l'utilisateur final représente un atout considérable pour un opérateur d'autant que les services à forte valeur ajoutée sont développés pour une large part sur des infrastructures de boucle locale. Or, la duplication du réseau fixe de France Télécom ne peut sérieusement être envisagée par les opérateurs concurrents en raison du coût d'investissement initial élevé du fait de la nécessité de travaux importants de génie civil<sup>121</sup> ainsi qu'en raison de coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique<sup>122</sup>. Le développement de l'Internet a accru de façon spectaculaire les enjeux liés à la boucle locale.

#### 1) le dégroupage :

L'accès des nouveaux entrants aux services à haut débit xDSL voulu par l'A.R.T. a donné lieu à des conflits et avis et décisions tant de l'Autorité que du Conseil de la concurrence. En effet, le débat devait s'intensifier dans la mesure où un concurrent de France Télécom a choisi de placer le débat non seulement sur le terrain du droit à l'interconnexion mais sur celui des pratiques anti-concurrentielles, domaine de compétence du Conseil. Le 29 novembre 1999, 9 Télécom Réseau, fournisseur d'accès à Internet a saisi le Conseil soutenant que les conditions de développement de l'ADSL par France Télécom étaient contraires à l'article 8 du titre III de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 réprimant l'abus de position dominante. Cette affaire est doublement intéressante. Elle illustre les relations de collaboration étroite qui se sont instituées entre l'autorité de droit commun et l'autorité sectorielle<sup>123</sup>. Elle traduit sur le terrain du droit substantiel une complémentarité des analyses de ces deux institutions. Un rappel des faits s'avère indispensable à la compréhension de cette affaire. Le 23 juin 1999, le Conseil de la concurrence a enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès à l'ADSL, et ce pendant 15 semaines, date à partir de laquelle l'opérateur s'est engagé à communiquer à tous les IPS qui lui en feraient la demande les informations nécessaires à la

<sup>120</sup> <http://www.art-telecom>

<sup>121</sup> Rappelons que ces coûts ont essentiellement été supportés par les pouvoirs publics et donc par les contribuables.

<sup>122</sup> Conseil de la concurrence, Avis n° 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998 relatif à une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications.

<sup>123</sup> I. KRIMMER, infra.

mise en place de leur offre d'accès à Internet par cette technique. Le 7 juillet 1999, l'A.R.T. rendait un avis estimant indispensable au regard des règles des télécommunications et de la concurrence que les opérateurs tiers bénéficient d'une offre leur permettant de proposer des services « de même nature que Netissimo et Turbo IP, en étant maître des éléments techniques et commerciaux essentiels de ces services »<sup>124</sup>. Le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le secrétaire d'Etat à l'industrie ont alors homologué cette décision tarifaire le 12 X juillet 1999, France Télécom a annonçant la poursuite du déploiement géographique de son offre à haut débit. C'est dans ce contexte que 9 réseau Télécom a saisi le Conseil d'une demande de mesures conservatoires estimant que l'offre de revente IP/ADSL présentée par France Télécom ne permet aux opérateurs tiers d'accéder au marché qu'en tant que distributeurs du service de cette dernière et non comme fournisseurs de leurs propres services ce qui permettait à l'opérateur historique de se « préserver une avance décisive sur ses concurrents » de nature à porter une atteinte grave au secteur intéressé. Par une décision remarquée, tant sont rares les décisions accueillant les demandes de mesures provisoires<sup>125</sup>, le Conseil de la concurrence a partiellement donné satisfaction<sup>126</sup> à 9 Télécom réseau en enjoignant à France Télécom « de proposer aux opérateurs tiers une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique équivalente et économique permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective »<sup>127</sup>. Il importe de relever que pour éclairer sa décision, le Conseil a saisi pour avis l'A.R.T., laquelle s'est prononcée le 7 janvier 2000<sup>128</sup>. Cet avis techniquement très motivé a conclu à l'urgence qu'il y avait à répondre partiellement aux mesures sollicitées compte tenu « des risques concurrentiels importants et immédiats sur un marché caractérisé par des perspectives de croissance importante ». L'étude complémentaire de l'avis de l'A.R.T. et de la décision du Conseil illustre la volonté de ces autorités de ne pas se contenter d'intervenir *a posteriori* pour sanctionner des comportements mais de construire dans un secteur en pleine évolution les conditions effectives de la concurrence. Elle présente le grand intérêt de préciser la notion de marché pertinent en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles. En effet, malgré la convergence des technologies, l'A.R.T. comme le Conseil montrent leur souci d'affiner les analyses de la Commission européenne en segmentant en deux marchés différents celui des services d'accès à Internet à

<sup>124</sup> Avis n° 99-582 du 7 juillet 1999.

<sup>125</sup> Note M. MALAURIE-VINAL, Contrats, Concurrence, Consommation, Mai 2000, 18.

<sup>126</sup> M. MALAURIE-VIGNAL « regrette cette prudence », note précitée.

<sup>127</sup> Cons. Conc. 18 février 2000.

<sup>128</sup> Avis n° 00-28 du 7 janvier 2000, <http://art-telecom.fr>

bas débit et celui des technologies à haut débit<sup>129</sup>. Cette position est la seule qui permette d'assurer une concurrence effective, la définition trop large du marché pertinent ne permettant jamais de retenir l'existence d'une position dominante et en conséquence, celle d'un abus de position dominante. Elle illustre la prise en compte croissante de la notion d'infrastructures essentielles par les autorités de la concurrence malgré les critiques d'une partie de la doctrine<sup>130</sup>. Il résulte de cet avis et de cette décision que France Télécom doit procéder au moins à un « mini-dégrouper »<sup>131</sup>. Cette exigence de ne pas pousser le dégroupage trop loin peut s'expliquer par le souci des autorités de faire œuvre pédagogique. L'ensemble des opérateurs est en discussion avec l'A.R.T. et le gouvernement en vue du dégroupage complet. Le Conseil n'a sans doute pas voulu interférer avec les négociations en cours.

L'A.R.T. a annoncé sa volonté de faire avancer parallèlement le dégroupage et la recherche de solutions alternatives en matière d'ouverture à la concurrence de la boucle locale. La construction du droit à l'interconnexion par l'A.R.T. a aussi progressé en ce qui concerne les solutions alternatives.

Les solutions alternatives.

*est-ce un 2)? (d p 23)*

S'agissant de la solution concurrente sur la téléphonie, l'ART avait annoncé sa volonté de procéder au dégroupage de la boucle locale indispensable tant pour le service universel des télécommunications que pour l'accès à Internet à haut débit. Sur l'ensemble de ces dossiers le régulateur ainsi que les opérateurs privés se heurtaient à des stratégies d'attente de la part de France Télécom et de ses ministères de tutelle, même si le secrétaire d'Etat à l'énergie a fait connaître en novembre 1999, à l'occasion de la « Semaine des Télécoms » sa volonté d'ouverture à la boucle locale que ce soit par dégroupage ou recherche de solutions alternatives<sup>132</sup>.

Parmi les solutions alternatives, l'ART a engagé un processus d'expérimentation de la boucle locale radio qui s'est achevé fin 1999. Plus d'une vingtaine de fréquences ont été

<sup>129</sup> Le 30 mars 2000 la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours de France Télécom et confirmé la décision du Conseil de la concurrence.

<sup>130</sup> Ch. MONTET, Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ?, Lamy, Droit des affaires, janvier 2000, n° 23, 5. L'auteur invoque à l'appui de sa critique « la » science économique, comme si celle-ci ignorait le débat.

<sup>131</sup> L'option 3 est le niveau de dégroupage le moins important.

attribuées par cette dernière à une quinzaine d'opérateurs différents. Ces tests ont permis de montrer que le déploiement à court terme des systèmes "point à multipoint" devrait essentiellement permettre le développement d'offres de service à haut débit à destination des PME en zones urbaines et suburbaines<sup>133</sup>. L'Autorité a ainsi testé la capacité des technologies radio "point à multipoint" et établit les conditions de mise en œuvre pérenne de la boucle locale afin de les proposer au Ministre chargé des télécommunications pour que le système devienne opérationnel au premier semestre 2000. Le 31 janvier 2000, l'A.R.T. a clos les appels à candidature visant à désigner les opérateurs de la boucle locale radio et le 16 février était publiée la liste complète des candidats<sup>134</sup>. Le nombre de demandes démontre l'intérêt pour ce procédé puisque 28 sociétés se sont portées candidates en déposant 218 demandes réparties sur l'ensemble du territoire. Il est piquant de noter que la candidature de France Télécom a été rejetée, le représentant de la société s'étant présenté avec deux minutes de retard sur l'heure légale limite<sup>135</sup>. La boucle locale radio est une technologie qui permet aux différents opérateurs de télécommunications de raccorder directement par voie radio des clients aux réseaux. Elle présente l'intérêt pour les utilisateurs d'avoir accès à de nouveaux services innovants à hauts débits par d'autres voies que le seul réseau local de France Télécom tout en présentant une grande souplesse pour les opérateurs<sup>136</sup>.

D'autres solutions alternatives sont en cours d'étude comme la mise en place par les opérateurs de boucles locales en fibre optique et le satellite<sup>137</sup>. La plus intéressante semble être celle qui repose sur le recours aux réseaux câblés ; c'est aussi celle qui soulève les plus grandes interrogations juridiques. Techniquement, même si elle reste modeste, la filière des réseaux câblés peut apparaître comme une solution d'avenir pour l'accès à Internet à débit rapide, voire dans l'offre de services téléphoniques. Juridiquement cette solution soulève au moins deux questions majeures : celle de la mise en vente par France Télécom des réseaux du plan câble, celle de la place des collectivités locales dans les réseaux locaux de

<sup>132</sup> Propos recueillis par D. BARROUX, *Les Echos*, 30 novembre 1999 ; E. RENAULT, *Le Monde* 1<sup>er</sup> décembre 1999.

<sup>133</sup> J. M. HUBERT, *Les enjeux de la boucle locale*, intervention à Multimédiaville, 25 juin 1999, <http://www.art-telecom.fr/>

<sup>134</sup> dans les bandes 3,5 GHz et 26 GHz.

<sup>135</sup> Décision n° 00-156 de l'A.R.T. Dans sa décision n° 00-157 rejetait aussi la candidature de GTS Omnicom dont le représentant avait 25 minutes de retard.

<sup>136</sup> Sur la possibilité pour les collectivités locales de créer la concurrence sur la boucle locale : F. ESSIG et Ph. DELELIS, *Collectivités locales et boucle locale, une liberté surveillée*, *Les Echos* 15 novembre 1999.

<sup>137</sup> Ch. JAKUBYSZYN et E. RENAULT, *Le câble, le satellite et le téléphone se disputent l'Internet rapide*, *Le Monde*, 31 mai 1999.

télécommunications. Sur ces deux points, nous disposons de réponses ponctuelles<sup>138</sup>. Consciente de la détermination de l'ART et des opérateurs privés sur le dossier de la boucle locale, France Télécom a lancé, à l'occasion de l'Université d'été de la communication à Hourtin le 23 août 1999, une "offensive"<sup>139</sup>. M. Bon a notamment dévoilé le schéma de négociations qu'il a mené avec les deux câblo-opérateurs, Lyonnaise communication et Numéri-câble. "France Télécom tente, depuis un an, à sortir du cercle vicieux hérité du plan câble, qui avait confié à l'opérateur la responsabilité des infrastructures, et aux câblo-opérateurs leur exploitation"<sup>140</sup>. La solution a consisté entre autres à regrouper les infrastructures et l'exploitation du câble dans des sociétés associant tous les opérateurs. Ces sociétés pourraient par la suite être introduites en bourse, France Télécom ayant la possibilité par la suite de céder ses parts. Cette stratégie répond au besoin de France Télécom de disposer d'un argument de poids dans la négociation engagée avec l'ART sur le dégroupage. Le groupe France Télécom peut ainsi momentanément « affirmer que de nouveaux concurrents ont accès à la boucle locale via le câble, ce qui la dispenserait d'ouvrir la boucle locale via la téléphonie"<sup>141</sup>. Les jeux stratégiques entre les opérateurs et l'ART sont, on le voit, extrêmement complexes. Le Secrétaire d'Etat à l'industrie, Ch. Pierret, avait annoncé sa volonté de voir la France disposer d'ici à cinq ans de près de 13 millions de prises de câble contre 8 millions actuellement. Le premier câblo-opérateur français, La Lyonnaise communication, a su entendre le message. Il s'est lancé dans un vaste programme stratégique de développement sur l'Internet pour offrir aux particuliers des services à haut débit associant le téléphone, Internet et la télévision tout en réglant son contentieux avec France Télécom. Alors que l'opérateur historique contrôlait auparavant l'infrastructure et la Lyonnaise la commercialisation des services, l'infrastructure et les services ont été réunis dans une société commune créée le 9 septembre 1999 entre Suez-Lyonnaise des eaux et France Télécom<sup>142</sup>. Les deux opérateurs recherchaient un troisième partenaire pour trouver des fonds propres et des compétences dans l'Internet. C'est Canal + qui a été choisi. Désormais les tuyaux de France Télécom et les porte feuilles clients sont réunis dans une entité commune dans laquelle l'opérateur historique détient 43% de NC Numéricâble, le solde étant partagé à égalité entre

<sup>138</sup> Conseil de la concurrence, Avis n° 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998 relatif à une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications ; *Les Echos*, 29 mars 1999 ; *Le Monde* 29 mars 1999 ; *Les Echos* 15 juin 1999.

<sup>139</sup> E. RENAULT, *Le Monde* 25 août 1999.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> E. RENAULT, précité.

<sup>142</sup> E. RENAULT et G. DUTEIL, *Le Monde* 1/10/1999.

ses actionnaires, dont Canal+<sup>143</sup>. La combinaison de la télévision numérique, de l'accès à Internet et du téléphone semble donc en marche. La modernisation du réseau câblé peut intéresser des opérateurs téléphoniques et des fournisseurs d'accès à Internet et apparaître comme un marché prometteur comme en témoignent les nombreuses opérations de fusions et d'acquisition qui se déroulent aux Etats-Unis<sup>144</sup> et ce, en dépit des inquiétudes sur la qualité des communications sur l'Internet<sup>145</sup>.

Rappelons enfin le lancement d'expériences de télécommunications par satellites qui visent à être le complément aux communications terrestres et sans fil<sup>146</sup>.

Cette construction progressive du droit à l'interconnexion des opérateurs par l'A.R.T. conduit à affiner le contenu de la notion de régulation, spécialement de celle de régulation sectorielle.

## II. Réglementation, régulation générale et régulations sectorielles.

Il existe des controverses sur la nature des A.A.I. et de leurs pouvoirs<sup>147</sup>, les débats s'étant cristallisés sur le Conseil de la concurrence. Malgré la décision très ferme du Conseil constitutionnel qui a rejeté à son propos la thèse juridictionnelle<sup>148</sup> sans pour autant consacrer véritablement celle d'A.A.I., la doctrine reconnaît généralement les pouvoirs juridictionnels de ce dernier<sup>149</sup>. Si l'on a pu dire que les A.A.I. n'existaient guère que pour les professeurs et les naïfs<sup>150</sup>, ces dernières se sont imposées dans le paysage institutionnel français quand bien même elles ne seraient pas susceptibles d'être ramenées à une épure. L'A.R.T. est originale en ce sens qu'elle a reçu explicitement parmi ses autres pouvoirs, celui de trancher les différends en matière d'interconnexion<sup>151</sup>. Compte tenu du caractère crucial de l'interconnexion en

<sup>143</sup> Les opérations de concentration récentes devraient susciter des études sur la composition des groupes.

<sup>144</sup> E. RENAULT, France Télécom règle les derniers conflits qui l'opposaient aux exploitants du câble, *Le Monde*, 18 décembre 1999.

<sup>145</sup> O. ZILBERTIN, La téléphonie en ligne, *Le Monde INTERACTIF*, 16 février 2000.

<sup>146</sup> *Le Monde* 27 octobre 1999.

<sup>147</sup> P. SABOURIN, Les AAI, une catégorie nouvelle ?, *AJDA* 1983, 275 ; J.L. AUTIN, Du juge administratif aux AAI : un autre mode de régulation, *RDP* 1988, 1213 ; O. DUGRIP, Les AAI en droit public économique : quelle séparation du politique ?, *JCP éd. E. Cah. De droit de l'entre.*, 1988, 31, J. PH. COLSON, *Droit public économique*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J. 1997, 204.

<sup>148</sup> 23 janvier 1987, *JCP* 1987, II, 20854, SESTIER ; *AJDA* 1987, 347, J. CHEVALLIER.

<sup>149</sup> D. DANET, Le Conseil de la concurrence, juridiction incomplète ou juridiction innommée ?, *R.I.D.E.* 1991, n°1, 3 ; J. CHEVALLIER, Réflexions sur l'institution des A.A.I., *JCP* 1986, II, 3254.

<sup>150</sup> - B de note

<sup>151</sup> Article 36-8 du Code des postes et Télécommunications.

matière de télécommunications, le rôle de l'A.R.T. s'est vite révélé déterminant de l'ouverture de ce secteur à la concurrence. En précisant au jour le jour le contenu du droit à l'interconnexion dans un contexte de progrès technologiques incessants, la pratique de l'Autorité permet de préciser la notion de régulation, spécialement celle de régulation sectorielle dans le domaine des industries de réseaux. C'est cette spécificité de l'action de l'A.R.T. que nous essaierons d'analyser avant d'aborder les nouveaux défis qu'aura à relever cette dernière.

### A. Les spécificités de la régulation sectorielle opérée par L'ART.

La doctrine s'entend généralement pour reconnaître l'influence du droit anglo-saxon dans la création des autorités administratives indépendantes<sup>152</sup>, laquelle a conduit à relativiser la conception française traditionnelle du droit. La régulation, entendue dans ses rapports avec la réglementation a fait l'objet d'études sérieuses<sup>153</sup>. En revanche, la notion de régulation sectorielle est nouvelle et ne semble pas encore avoir donné lieu à des recherches approfondies. De façon générale, la régulation <sup>à</sup> permis de repenser la question des sources du droit trop longtemps marquée dans la conception de droit romano-germanique par le légicentrisme<sup>154</sup>. Dans les pays de droit écrit comme la France, il est traditionnel de présenter le système juridique à partir d'une opposition tranchée entre le droit objectif et les droits subjectifs. Le premier viserait l'ensemble de règles de conduite régissant, dans une société donnée, les rapports entre les hommes, les seconds, les prérogatives que le droit objectif reconnaît à un individu ou à un groupe d'individus<sup>155</sup>, la question se posant en philosophie du droit de savoir si l'un est antérieur ou non aux autres<sup>156</sup>. Dans le cadre du droit objectif sont exposées d'abord les sources du droit en insistant généralement sur les sources publiques posant des normes générales impersonnelles et permanentes, puis l'organisation juridictionnelle, le juge intervenant pour résoudre le conflit par interprétation de la loi. Ce

<sup>152</sup> J. CHEVALLIER, Réflexions sur l'institution des AAI, *JCP* 1986, I, 3254; J. L. AUTIN, Du juge administratif aux AAI : un autre mode de régulation, *RD* 1988, 1213; O. DUGRIP, Les AAI en droit public économique : quelle séparation du politique ?, *JCP* éd. E, 1988, 31; A. COLLIARD et G. TIMSIT, *Les AAI*, PUF 1988, L. COHEN-TANUGI, Une doctrine pour la régulation, *Le débat*, nov-déc. 1988, 58 ; P. SABLIERE, Libre propos sur les notions de réglementation, tutelle et régulation dans les rapports entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, *CJEG* 1997, n°528, 1.

<sup>153</sup> Sous la direction de G. J Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, op.cit.

<sup>154</sup> L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd Frison-Roche, Paris, 1999, 25 ; E. SERVERIN, LAMBERT, P. LASCOUMES, *Transactions et pratiques transactionnelles en droit privé et en droit public*, Economica. *note*

<sup>155</sup> F.TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 3ème éd. 1996, n°147.

<sup>156</sup> On reconnaît ici les débats sur le droit naturel.

schéma classique, même s'il est remis en cause par un nombre croissant d'auteurs<sup>157</sup>, oppose donc le législateur posant les normes générales et impersonnelles au juge qui, grâce au syllogisme, va interpréter la loi pour l'appliquer au cas d'espèce. Ces distinctions simplificatrices - toute pédagogie est simplificatrice - ne rendent bien sûr pas compte de la complexité des systèmes juridiques développés<sup>158</sup>. Elles ont cependant le mérite de contraindre le juriste à faire des efforts de qualification en tentant de dresser des typologies susceptibles d'éclairer la sophistication croissante des systèmes juridiques.

De façon plus particulière, la régulation sectorielle, autorisée à proposer des hypothèses de travail permettant de saisir les modes contemporains de formulation et de réalisation du droit.

Une réflexion sur les sources du droit nous semble à cet égard pouvoir utilement éclairer les points de contact mais aussi les distinctions entre "réglementation" et "régulation". L'opposition tranchée entre sources du droit et lieux de résolution des conflits est dépassée depuis longtemps, la grande majorité de la doctrine reconnaissant de nos jours le rôle créateur de la jurisprudence en ce sens que celle-ci ne se contente plus d'interpréter la loi ; elle pose des normes générales et impersonnelles<sup>159</sup>. "Le juge cesse d'être la sentinelle servile de la loi. Son pouvoir créateur s'exerce certes à travers l'interprétation des règles, la chose est acquise depuis très longtemps... Surtout le juge œuvre à la définition même du contenu de la règle"<sup>160</sup>. Ce phénomène de production du droit s'observe de façon exemplaire en droit économique, spécialement depuis l'apparition des Autorités Administratives indépendantes. Les normes ne sont plus seulement produites par le haut mais émanent du cas qui, répété, donnera lieu à la naissance d'une norme. Il semble particulièrement caractéristique du fonctionnement de l'ART et mérite d'être confronté en ce qui la concerne à la distinction droit objectif/droits subjectifs. En effet, et même si l'on doit relativiser cette dernière, réglementation et régulation procèdent formellement de façon différente dans l'articulation qu'elles opèrent entre ces deux termes. Toutes deux manifestent cependant des liens étroits qui existent entre droit objectif et droits subjectifs à travers la notion de rapports juridiques.

<sup>157</sup> Cf. Un certain nombre d'introduction au droit.

<sup>158</sup> A. J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Les voies du droit, PUF, 1991; *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 1998; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

<sup>159</sup> L. BOY, Normes, *RIDE*, 1998, n°2, 119 et les nombreuses références citées.

Historique et idéologique, la distinction droit objectif/droits subjectifs a longtemps structuré et structure encore notre système juridique. Ignorée de la pensée juridique antique, la notion de droit subjectif apparaît au siècle des lumières avec l'école du droit naturel. Elle oppose les droits subjectifs fondés sur la liberté et la volonté de l'individu<sup>161</sup> au droit objectif lié à la contrainte étatique. Tout en permettant le fonctionnement du droit "bourgeois"<sup>162</sup>, cette distinction est erronée dans la mesure où elle oppose deux faces d'un même phénomène juridique : les rapports juridiques<sup>163</sup>. Or, les rapports juridiques n'existent et ne donnent de prérogatives à leurs titulaires que parce qu'ils sont sanctionnés par le droit au sens de sanction substantielle, de reconnaissance formelle<sup>164</sup>. Le droit objectif crée entre les parties au rapport juridique une série de droits et d'obligations ; il est donc toujours distributeur de droits subjectifs, du moins de formes de subjectivité juridique qu'il s'agisse de droits subjectifs, de fonctions ou de libertés<sup>165</sup>. C'est dire aussi que le droit subjectif n'existe pas en vertu de la seule liberté des individus, de leur seul pouvoir de volonté comme pouvait le laisser entendre la doctrine du droit naturel, mais en vertu de règles de droit objectives. Même les auteurs contemporains les plus attachés à la notion de droit subjectif, reconnaissent que la liberté est impuissante à créer le moindre droit subjectif<sup>166</sup>. " En réalité la force obligatoire du contrat procède, non de la seule volonté du promettant, mais des conséquences que le droit tire de l'accord intervenu : ce dernier se borne à créer une situation objective, à laquelle le droit confère un caractère juridique en accordant une action au créancier"<sup>167</sup>. L'exemple de l'extension de l'ordre public à l'époque de l'Etat-Providence illustre parfaitement le fait que droit objectif et droits subjectifs ne sont que les deux faces d'un même phénomène. La doctrine libérale, stigmatisant une réglementation bridant les effets de la volonté des individus, a souvent critiqué l'essor de l'ordre public tant en droit du travail que dans toutes les matières où l'Etat est intervenu pour imposer une réglementation impérative, spécialement en

<sup>160</sup> L. CADIET, op. cit., 25 ; G. DE LA PRADELLE, op. cit., 90 : « les organes chargés de décider sur les cas d'espèce n'hésitent pas à compléter les principes existants... Ils énoncent toujours, dans leurs jugements, les dispositions notamment législatives qui fondent la validité de la décision contenue dans chaque jugement ».

<sup>161</sup> DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1962, 80.

<sup>162</sup> A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1973.

<sup>163</sup> G. DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français*, Tome 1, Les normes, éd. Erasmé, 218.

<sup>164</sup> G. DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français*, Paris, Erasmé, 1990, n°79 et s.

<sup>165</sup> Sur la distinction droits/libertés : J. GHESTIN et J. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1990, n°171 et s ; L. BOY, *L'intérêt collectif en droit français, Réflexions sur la collectivisation du droit*, Thèse Nice 1979.

<sup>166</sup> B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chr. 107; ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris 1965.

<sup>167</sup> B. OPPETIT, op. cit., 109.

matière d'ordre public de protection<sup>168</sup>. Le droit objectif posant la règle d'ordre public est de la sorte considéré comme portant atteinte à la liberté et à la volonté des individus. Une telle présentation est un non sens car le droit objectif est toujours distributeur de rôles, de statuts, de droits subjectifs. Lorsque le droit limite (le) liberté de l'employeur, du fabricant, il permet à la liberté de l'employé ou du consommateur de s'exprimer.

Erronée, l'opposition droit objectif/droits subjectifs a néanmoins deux effets indirects. Elle véhicule l'idée selon laquelle les droits subjectifs sont étroitement liés à la liberté alors que le droit objectif devient symbole de contrainte, d'étatisme ; elle permet aussi d'occulter le fait que le droit objectif est une traduction plus ou moins médiante des rapports de force qui se déroulent dans la société privée<sup>169</sup>. S'agissant plus spécialement du secteur des télécommunications, J. CHEVALLIER a ainsi parfaitement montré que "L'Etat" a "en fin de compte peu de prise sur des processus qui échappent désormais largement à sa médiation et à son contrôle". L'auteur rappelle ainsi le fait que la réglementation ou la régulation étatiques n'échappent jamais à l'influence des agents économiques privés<sup>170</sup>.

Que le droit objectif soit toujours distributeur de subjectivités juridiques nous semble incontestable. Tout aussi incontestables nous paraissent les formes que peut emprunter le droit objectif dans cette fonction de distribution, du moins si on cherche à les ramener à des épures. C'est ainsi que dans la pureté du modèle, la réglementation peut se définir comme une forme de distribution *a priori* des droits subjectifs sous réserve d'un contrôle *a posteriori* par le juge. La loi a tranché, par exemple, entre l'intérêt du propriétaire et du locataire en définissant les droits respectifs de ces derniers (durée du bail, droit ou non au renouvellement etc....). De même, la loi a-t-elle défini les droits du salarié et ceux de l'employeur à travers les dispositions réglementant le contrat de travail. La régulation sectorielle, notamment dans le domaine des télécommunications, se présente, au contraire, comme un mécanisme de construction permanente des droits subjectifs associant intervention *a priori* et *a posteriori* de l'autorité de régulation. Ainsi que nous le verrons, la consécration du "droit à l'interconnexion" implique pour sa reconnaissance et son exercice une appréciation préalable de la demande d'interconnexion de la part de l'exploitant de réseau sollicité sous contrôle de l'autorité de régulation des télécommunications. "C'est ici que l'on mesure toute la distance

<sup>168</sup> H. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Tome I*, 3ème éd., Montchrestien.

<sup>169</sup> J. CHEVALLIER, Les mutations du secteur français de la communication - opérateurs globaux et instances de régulation, *RIDE*, 1999, n°1, 49.

qui sépare la réglementation de la régulation... La réglementation, c'est le contrôle et la sanction *a posteriori*, la régulation est pilotage et adaptation permanente du cadre réglementaire" (souligné par nous)<sup>171</sup>. Les régulations sectorielles sont et seront partagées entre deux grands types de préoccupations selon le caractère plus ou moins stratégique que représente pour les pouvoirs publics l'ouverture du secteur ouvert à la concurrence ainsi que selon le poids des concurrents potentiels de l'opérateur historique. Dans certains cas, la régulation apparaît comme étroitement liée à la mise en œuvre des politiques publiques et peut conduire sans doute à la création d'autorités de régulation étroitement dépendantes des administrations traditionnelles. C'est ainsi qu'en matière d'énergie, les exigences de sécurité de l'approvisionnement et de préservation de l'environnement font pencher pour une agence relativement dépendante de l'exécutif<sup>172</sup>. Dans une telle conception, l'autorité sectorielle de régulation est une autorité qui doit prendre en compte et appliquer les orientations des politiques publiques dont elle est porteuse. Cette dernière que l'on trouvait dans les premières propositions relatives à la Commission de régulation de l'électricité mais qui a été finalement abandonnée au profit de la création d'une autorité plus indépendante et dotée, à l'instar de l'A.R.T., du pouvoir de trancher les différends entre opérateurs<sup>173</sup>. L'analyse de la mise en œuvre concrète des pouvoirs de l'A.R.T. que propose ce rapport pourrait s'avérer utile pour tenter d'éclairer le fonctionnement de cette nouvelle autorité. A l'opposé, l'autorité de régulation peut se caractériser par ses fonctions distributives et donc par l'indépendance qui sied à des organismes quasi-juridictionnels. La régulation se rapproche dans cette dernière hypothèse de la fonction traditionnelle du juge judiciaire sans pour autant se confondre avec cette dernière<sup>174</sup>. Elle peut se définir, en effet, comme "l'art de donner à chacun des opérateurs la part qui lui revient et d'assurer l'équilibre entre tous"<sup>175</sup>. C'est essentiellement à ce dernier schéma que correspond l'ART dont la fonction essentielle est de protéger les nouveaux entrants sur le marché des télécommunications en définissant les contours de leur droit à l'interconnexion et donc leur droit "à" la concurrence<sup>176</sup> face à l'opérateur historique : France

<sup>170</sup> PACHOUKANIS, *Théorie générale du droit et marxisme*, EDI, 1971.

<sup>171</sup> L. RAPP, Le nouveau régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996, *JURIS PTT*, 1997, n°49, 13 ; cf. notre première partie.

<sup>172</sup> Cl. MANDIL, La régulation dans le cadre d'une politique sectorielle publique, *Industries de réseaux : la régulation pour une meilleure concurrence*, *Rev. De la concurrence et de la consommation*, mai-juin 1998, 47.

<sup>173</sup> G. DU PUY-MONTBRUN et B. MARTOR, La Commission de régulation, *Les petites affiches* 14 janvier 2000, n° 10, 9.

<sup>174</sup> Sur l'évolution du rôle du juge, voir notamment F. OST, Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge, in *La force du droit*, sous la direction de P. BOURETZ, Esprit, 1991.

<sup>175</sup> M. A. FRISON-ROCHE, Les différentes définitions de la régulation, in *Industries de réseaux : la régulation pour une meilleure concurrence*, *Rev. De la concurrence et de la consommation*, mai-juin 1998, 43.

<sup>176</sup> LE MOAL, Thèse ; 1<sup>ère</sup> partie sur la construction progressive d'un droit à l'interconnexion.

Télécom. Avec cette fonction distributive, on se trouve en présence "non plus d'un droit positif, mais d'un droit positiviste, par opposition à un droit qui ne serait que réactif ou répressif"<sup>177</sup>, c'est-à-dire d'un droit qui construit et accompagne les droits subjectifs des nouveaux concurrents. Il semble que ce soit ainsi que l'A.R.T. analyse son rôle. En effet, dans sa réponse à la communication de la Commission européenne du 10 novembre 1999, elle a rappelé que « l'acception française du terme de régulation, à la différence de l'anglaise, ne confond pas l'élaboration des règles et leur mise en œuvre ». Le régulateur a la responsabilité d'appliquer les textes adoptés par l'Union européenne et les pouvoirs publics nationaux. En conséquence, elle a estimé que la Commission devrait mieux définir ce qu'est le régulateur. « En conservant le terme usuel d'Autorité réglementaire nationale (ARN), elle se prive de la distinction capitale des responsabilités entre les autorités chargées d'édicter le droit et celles qui l'appliquent, ces dernières devant pouvoir agir de façon indépendante, c'est-à-dire user de façon impartiale de leurs pouvoirs d'arbitrage et de gardien en premier ressort de la concurrence »<sup>178</sup>.

Il convient à cet égard de s'interroger sur le point de savoir si le partage des compétences entre l'ART et le Ministre chargé des télécommunications spécialement en matière d'homologation des tarifs permet à l'autorité de remplir pleinement son rôle<sup>179</sup>. Les premières décisions rendues par l'ART peuvent laisser penser que, malgré la volonté du gouvernement de contrôler étroitement l'ouverture à la concurrence<sup>180</sup>, "dans le secteur des télécommunications, tout se passe comme si les nouveaux opérateurs privés pouvaient compter sur l'appui de l'ART pour rééquilibrer les conditions de la concurrence"<sup>181</sup>. La décision du ministre chargé des télécommunications relative à l'offre de France Télécom à l'Internet par ADSL<sup>182</sup> en juillet 1999 semblait démontrer que le ministère ne voulait pas abandonner toute idée de politique publique en protégeant peut-être à l'excès l'opérateur historique<sup>183</sup>. Les opérateurs privés, pour leur part, entendent bien peser sur l'Autorité de

<sup>177</sup> Y. BREBAN, Libéralisation et régulation : le paradoxe, *Les Echos*, 18-19 avril 1997.

<sup>178</sup> Synthèse de la réponse..., <http://www.art-telecom.fr>

<sup>179</sup> *Infra* : B : les défis

<sup>180</sup> Cf. *infra* la décision prise le 12 juillet 1999 d'homologuer la proposition tarifaire ADSL de France Télécom sans imposer le respect des conditions posées par l'ART.

<sup>181</sup> J. CHEVALLIER, Les mutations du secteur français de la communication - opérateurs globaux et instances de régulation, *RIDE*, 1999, n°1, 56. L'auteur fait notamment référence à la décision du 24 juin 1998 par laquelle l'ART a donné raison à la Lyonnaise Communications qui exigeait de France Télécom qu'il adopte son réseau câblé afin de lui permettre d'offrir le téléphone.

<sup>182</sup> 12 juillet 1999, E. RENAULT, L'accès rapide à Internet oppose le gouvernement et l'ART, *Le Monde* 13 juillet 1999.

<sup>183</sup> *Supra* : I.

régulation pour obtenir une ouverture rapide à une concurrence effective. Le dossier sur l'ouverture de la boucle locale témoigne des relations complexes qu'entretiennent les opérateurs, l'Autorité et l'Etat. A la suite de la consultation publique lancée par l'A.R.T. sur le développement de la concurrence sur la boucle locale en France, le secrétaire d'Etat à l'industrie devait annoncer la volonté des pouvoirs publics de hâter l'ouverture à la concurrence de ce marché essentiel à l'heure de l'explosion de l'Internet.

A partir de cette première opposition entre réglementation et régulation fondée sur l'intervention *a priori* ou *a posteriori* de l'autorité productrice de droit, on peut tenter de préciser les caractères distinctifs de ces deux modes d'encadrement des formes de la subjectivité juridique. C'est ainsi que, même si encore une fois les oppositions ne doivent pas être trop tranchées, la réglementation se fonde sur des normes générales et impersonnelles qui seront adaptées au cas par cas par le juge tandis que la régulation est faite de décisions individuelles faisant apparaître les lignes stratégiques que poursuit l'autorité de régulation. Comme le relève un auteur, la particularité des principes juridiques réside dans le fait qu'ils sont conditionnels (ou « hypothétiques ») et par conséquent, abstraits alors que le contenu d'une décision est catégorique et non hypothétique<sup>184</sup>. La réglementation est ainsi relativement statique, et correspondait à une société dans laquelle les évolutions lentes étaient conduites par le juge du fait de son pouvoir d'interprétation. La régulation indépendante traduit une production évolutive de normes dans laquelle la norme juridique est englobée dans une problématique plus large de la régulation qui fait appel à des logiques extra-juridiques qui puisent dans l'économie et la technique voire les technologies nouvelles<sup>185</sup>. Dans cette panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques<sup>186</sup>, le droit, sans disparaître - au contraire -<sup>187</sup>, se présente essentiellement comme un instrument de « pilotage » au service de politiques plus ou moins contrôlées par le gouvernement et/ou les pouvoirs privés économiques. « Ce glissement est très explicite dans le cas des autorités administratives indépendantes : ces autorités sont dotées d'une série de pouvoirs juridiques,

<sup>184</sup> G. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, 86 et s.

<sup>185</sup> A cet égard, les décisions de l'ART sont exemplaires : elles reposent sur des analyses économiques qu'il s'agisse de la notion de barrière à l'entrée, d'infrastructure essentielle, d'opérateur puissant et des analyses techniques sur l'interopérabilité ou sur les nouvelles technologies des télécommunications. Les difficultés de cette ouverture du droit à d'autres disciplines est que celui-ci tend à devenir incompréhensible pour le "non technicien".

<sup>186</sup> M. MIAILLE, *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1995.

<sup>187</sup> Paradoxalement, la régulation exprime une extension du juridisme mais par le biais de la formulation de revendications en termes de droits et de libertés. *Supra* : II

dont le cumul contraste avec les typologies classiques<sup>188</sup> ; mais ces pouvoirs sont mis au service d'une fonction plus globale de régulation sectorielle, qui passe aussi par des moyens plus informels d'influence et de persuasion »<sup>189</sup>. L'idée de commandement qui caractérisait la conception moderne du droit le cède à la souplesse. Le déclin du légicentrisme<sup>190</sup> qui s'attache à la mise en place des A.A.I., spécialement de l'ART, offre aux opérateurs économiques de nouvelles plages de libertés qui se traduisent par un recours accru au contrat et au jugement. Si ce phénomène n'est pas spécifique aux AAI comme en témoignent les observations judiciaires faites par L. CADIET<sup>191</sup> à propos des articulations nouvelles entre le contrat et le procès, il est illustré de façon particulièrement éclatante lorsqu'on analyse les pouvoirs et le rôle de l'ART. Cet auteur observe que « dans l'ordre de la théorie politique des sources du droit, le contrat et le procès se rejoignent ... sur la laisse des plages découvertes par le déclin du légicentrisme »<sup>192</sup> dans la mesure où le jugement s'engouffre généralement dans les champs ouverts à la liberté contractuelle car les accords sont très souvent des désaccords en puissance<sup>193</sup>. Les pouvoirs conférés à l'ART témoignent de cet enchevêtrement du contrat et du jugement au sens large, incluant la médiation. De fait, il semble quasiment impossible de distinguer de façon étanche dans les fonctions de cette autorité entre ce qui relève du contrôle non contentieux du contrat et ce qui relève du règlement des différends issus de l'échec de la négociation. Le phénomène mérite d'être noté car il constitue incontestablement l'originalité la plus remarquable de cette dernière. Il a déjà été démontré que la régulation suppose la réunion et le cumul de compétences juridiques habituellement dissociées, allant de l'édition de normes de portée générale à l'exercice de contrôles et de sanctions en passant par la prise de décisions individuelles<sup>194</sup>. C'est ainsi que parmi les pouvoirs du Conseil de la concurrence figure un pouvoir de sanction, le Conseil pouvant prononcer une sanction ou une injonction lorsqu'est en cause une pratique anti-concurrentielle relevant du titre III de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>195</sup>. Comme la Commission de l'Union européenne, le Conseil peut prononcer des injonctions dans la mesure où cette dernière est souvent la voie la plus efficace

<sup>188</sup> La légitimité constitutionnelle des A.A.I. ne pose cependant plus de problème de nos jours : C. TETGEIN-COLLY, Les instances de régulation et la Constitution, *Rev. Dr. Pub.*, 1990, 153.

<sup>189</sup> J. CHEVALLIER, Vers un droit post-moderne, op. cit., 38.

<sup>190</sup> L. CADIET, Le spectre de la société contentieuse, in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, n°34.

<sup>191</sup> Il touche les sources du droit (apparition de sources privées et mixtes) et l'office du juge.

<sup>192</sup> L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, op. cit., 25.

<sup>193</sup> Citant M. CROZIER (*Le mal américain*, Fayard 1980), l'auteur que le recours au juge est proportionnel au recours au contrat. La société américaine, société éminemment contractuelle est aussi l'archétype de la société contentieuse.

<sup>194</sup> J. CHEVALLIER, Régulation et polycentrisme dans l'administration française, *Revue administrative*, n° 301, janvier-février 1998, 43.

pour supprimer l'infraction. Néanmoins, le Conseil ne peut, théoriquement, annuler une convention se rapportant à une pratique anticoncurrentielle car, selon les textes, seules les juridictions judiciaires sont compétentes pour ce faire. La solution est la même en droit communautaire. Le Tribunal de Première instance des Communautés européennes a, en effet, jugé que « la liberté contractuelle devant rester la règle, l'on ne saurait en principe, reconnaître à la Commission, dans le cadre des pouvoirs d'injonction dont elle dispose en vue de faire cesser les infractions à l'article 85 le pouvoir d'enjoindre à une partie de nouer des relations contractuelles dés lors qu'en règle générale la Commission dispose de voies appropriées pour imposer à une entreprise la cessation d'une infraction »<sup>196</sup>. C'est dire que si les A.A.I. disposent de pouvoirs étendus et variés, elles sont privées théoriquement du droit d'agir sur les relations contractuelles individuelles. On retrouve là l'idée selon laquelle elles sont plutôt en charge d'un contentieux objectif de conformité à un ordre public concurrentiel que d'un contentieux subjectif. Cette opposition théorique qui renvoie à celle de séparation entre pouvoir d'injonction et pouvoir de modifier les clauses contractuelles est trop schématique comme en témoigne une étude récente et fouillée sur le Conseil de la concurrence<sup>197</sup>. Il a été magistralement démontré que l'utilisation habile du pouvoir d'injonction du Conseil lui permet beaucoup plus efficacement que ne peut le faire le juge judiciaire d'agir sur le contenu contractuel des accords entre parties en conflit. Cette remise en cause de la distinction entre pouvoir d'injonction et pouvoir de modification du contrat est encore plus nette en ce qui concerne l'A.R.T. et donne toute sa dimension à la notion de régulation sectorielle. De part les pouvoirs conférés à l'autorité en matière de règlement des différends, c'est toute l'opposition entre droit objectif et droits subjectifs qui vole en éclat, donnant à la notion de rapports juridiques la place centrale qui devrait être la leur dans l'étude des systèmes juridiques.<sup>198</sup> Ce constat est particulièrement mis en valeur en ce qui concerne l'A.R.T. ; il devrait permettre, nous semble-t-il, de nourrir des analyses plus générales en matière de régulation sectorielle.

Le schéma mis en place en matière de contrôle par l'ART de l'interconnexion des réseaux et la pratique de cette dernière sont totalement originaux en ce sens qu'ils rendent complètement poreuse et pour la première fois de façon explicite la frontière entre le contrat

<sup>195</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit interne de la concurrence*, Coll. U, Armand Colin, Paris, 1996, n°201, ; BOUTARD-LABARDE et CANIVET, *Droit français de la concurrence*, « Droit des affaires », LGDJ, 1994.

<sup>196</sup> 18 septembre 1992, aff. T 24/90, « Automec c/ Commission européenne, *Rec. CJCE* 1992, 2223.

<sup>197</sup> R. POESY, Thèse précitée.

et le jugement. Dans le contexte de libéralisation du régime des réseaux de télécommunications, le risque existait que la démultiplication des réseaux des infrastructures n'aboutisse à une duplication irrationnelle des réseaux. Dans sa fonction de régulation, l'ART doit notamment rechercher une plus grande cohérence dans la stratégie des opérateurs en favorisant l'utilisation optimale des infrastructures existantes et en empêchant en conséquence les abus de position dominante de l'opérateur historique. Le régime de l'interconnexion est donc apparu comme la pierre d'achoppement de toute politique de libéralisation<sup>199</sup>. Or, celui-ci, nous l'avons vu<sup>200</sup>, associe étroitement la demande d'interconnexion débouchant sur un contrat de droit privé entre France Télécom et le candidat à l'interconnexion et le règlement des litiges relatifs à l'interconnexion entre opérateurs. C'est cette articulation contrat/procès initiée par les textes<sup>201</sup> et mise en œuvre de façon systématique par l'Autorité qui nous semble exemplaire de la régulation sectorielle de l'ouverture à la concurrence des télécommunications par le reconnaissance du droit à l'interconnexion des opérateurs.

Notons que le droit à l'interconnexion n'est véritablement consacré que s'il est précédé d'une demande préalable. L'article L. 34-8-I du Code des postes et télécommunications précise les conditions d'interconnexion aux réseaux, cette dernière étant érigée en droit pour les intéressés. Ce droit est néanmoins virtuel tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une demande de la part du bénéficiaire potentiel. Les accords d'interconnexion, lorsqu'ils aboutissent sont des contrats de droit privé passés entre France Télécom et les titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du Code des postes et télécommunications, et ce sous contrôle de l'Autorité qui préside au respect des principes d'objectivité et de transparence. La demande ne peut être refusée si elle est raisonnable au regard d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant. On a pu dire au moment de la création de l'A.R.T. qu'« il y a dans cette formule toute l'étendue et la fragilité du droit à l'interconnexion »<sup>202</sup>. Nous avons vu qu'en réalité l'A.R.T. n'a cessé de préciser le contenu concret du droit à l'interconnexion<sup>203</sup>. Si ce droit implique, en effet, pour son exercice concret une appréciation préalable de la part de l'exploitant sollicité, cette appréciation n'est pas discrétionnaire ; elle s'opère sous le contrôle constant de l'autorité de

<sup>198</sup> G. DE LA PRADELLE, op. cit., 215 et s. ; L. BOY et M. PIPPART, *Initiation au droit des affaires*, Economica 1991, 28 et s..

<sup>199</sup> L. RAPP, op. cit., 7.

<sup>200</sup> 1<sup>ère</sup> Partie.

<sup>201</sup> Notamment dans l'article 36-8 du Code.

<sup>202</sup> L. RAPP, op. cit., 10.

<sup>203</sup> C.A Paris 27 juin 2000 précitée.

régulation. A cette fin, les accords sont communiqués à l'ART laquelle peut, après avis du Conseil de la concurrence, en demander la modification. Cette solution originale permet un contrôle de l'ordre public contractuel et concurrentiel par l'ART tant dans la phase de négociation contractuelle que dans la phase contentieuse, contrôle qui aboutit souvent à un retour « encadré » à des négociations contractuelles. Contrat et procès s'imbriquent étroitement, l'échec des négociations amenant l'autorité à suggérer de nouvelles négociations pour l'avenir et marquant ainsi le droit produit par l'ART du sceau de la récursivité et de la réflexivité<sup>204</sup>. « Au vu des résultats enregistrés, des dispositifs de correction seront mis en œuvre pour procéder aux ajustements nécessaires »<sup>205</sup>. Nous avons vu que certaines décisions de l'ART illustrent particulièrement cette réflexivité du droit liée à l'imbrication étroite entre le contrat et le règlement du différend. Elle est particulièrement spécifique à l'activité de l'ART et éclaire de façon inédite la notion de régulation sectorielle. Si toute régulation associe pratiques contractuelles et règlement des différends issus de ces dernières, l'A.R.T. est la première autorité à avoir reçu expressément le pouvoir de régler les différends entre agents économiques, naviguant ainsi habilement entre contrat et procès.

Les accords d'interconnexion sont, selon la loi, des contrats de droit privé. On aurait donc pu songer à en confier dans un premier réflexe le contrôle au juge judiciaire<sup>206</sup>. Militent en ce sens la richesse actuelle du droit des contrats<sup>207</sup> ainsi que la grande complexité juridique des questions soulevées par l'interconnexion. La régulation a été confiée néanmoins à une autorité sectorielle et s'est justement imposée pour deux raisons essentielles : la compétence technique<sup>208</sup> des juges-experts qui composent l'organe de régulation, la souplesse et l'instantanéité des solutions.

Diverses décisions de l'ART témoignent parfaitement de cette imbrication du contrat et du procès dans la régulation qu'exerce cette dernière en matière d'interconnexion. Notons d'abord que les décisions relatives aux différends sont rendues dans des délais extrêmement

<sup>204</sup> A.J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, op. cit., 114.

<sup>205</sup> J. CHEVALLIER, op. cit., 39.

<sup>206</sup> La qualification de contrat administratif n'ayant pas été retenue, à juste titre selon nous, la compétence du juge administratif était nécessairement exclue.

<sup>207</sup> J. MESTRE, chronique régulière sur les droits des contrats in RTDCiv.

<sup>208</sup> Les décisions et les avis de l'ART reposent toujours sur des analyses techniques très poussées. Cf. : Décision n° 99-539 se prononçant sur un différend entre Cégétel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cégétel Entreprises, <http://www.art-telecom.fr/> ; avis sur l'accès des écoles et des établissements publics aux fournisseurs d'accès à Internet.

brefs, généralement un mois et demi après la saisine<sup>209</sup>. Par ailleurs, les visas des décisions se réfèrent généralement aux articles L.34-8 et L.36-8 du Code des postes et télécommunications, c'est-à-dire aussi bien au texte visant les conditions techniques et tarifaires de l'interconnexion qu'à celui prévoyant le règlement des différends « en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications ».

Sur le fond, diverses observations doivent être faites. L'ART est généralement saisie par des concurrents de France Télécom dans des hypothèses où des points d'accord se dessinent entre les partenaires alors que subsistent des éléments de désaccord. Relevant de façon expresse le désaccord et donc le différend qui oppose les opérateurs<sup>210</sup>, condition de sa saisine, l'autorité entérine généralement les points d'accord et détermine de façon très précise<sup>211</sup> les clauses contractuelles qui devront figurer dans la convention d'interconnexion qui suivra la notification de sa décision aux parties. Pour assurer le suivi de ses décisions, l'ART conformément à l'article L. 34-8 du Code des postes et télécommunications, exige dans les décisions relatives au règlement des différends que les « conventions soient transmises à l'ART » soit, dés signature, soit, dans un délai d'un mois. Elle demande généralement aux parties au conflit de « traduire » dans leur nouvel accord la décision qu'elle a rendue<sup>212</sup>. Cette pratique nous paraît essentielle de la régulation sectorielle qu'entend mener l'A.R.T. laquelle remet cause, non seulement, la distinction contrat/procès mais encore l'opposition droits subjectifs/droit objectif.

Le contentieux récent a permis de préciser le rôle de l'A.R.T., notamment la notion de « différend » qui fonde sa compétence et qui mériterait sans doute des développements et

<sup>209</sup> L'un des délais les plus long a été quatre mois et demi : Décision n° 99-539 se prononçant sur un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises, <http://www.art-telecom.fr/>

<sup>210</sup> L'ART "comprend que France Télécom, après plus de 10 mois de négociation ne remet pas en cause le constat fait par Cégétel Entreprises d'un échec des négociations commerciales entre les parties". Décision n° 99-539 précitée .

<sup>211</sup> Décision n° 99-539 précitée : l'article 1<sup>er</sup> prend acte de l'accord sur l'offre d'interconnexion dans chacune des zones de transit définies dans le catalogue d'interconnexion de France Télécom. Les articles 2 à 7 interdisent à France Télécom d'insérer certaines clauses et lui imposent d'insérer des clauses relatives aux tarifs et ce à des prix différents pour les années 1998, 1999 et 2000. Voir aussi la décision n° 98-678 du 31 juillet 1998 se prononçant sur un second différend entre Paris TV Câble et France relatif à la fourniture du service d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris dans laquelle les articles 3 à 5 déterminent le contenu des clauses contractuelles. <http://www.art-telecom.fr/>

<sup>212</sup> Décision n° 00-30 du 5 janvier 2000 ; Décision n° 00-489 du 26 mai 2000.

recherches approfondies avec les concepts voisins de litige, de conflit ...<sup>213</sup>. On en voudra pour preuve deux décisions extrêmement intéressantes. La première a abouti à l'exclusion de la compétence de l'Autorité dans la mesure où, du fait de l'enchevêtrement des négociations contractuelles et du règlement des conflits, il n'existait plus véritablement de différend entre les parties. Un conflit avait surgi entre France télécom et 9 Télécom Réseau relativement à l'applicabilité de la majoration « services spéciaux » aux appels vers Internet. Relevant que le règlement du différend avait eu lieu pendant la phase d'instruction, l'Autorité décide qu'il n'y a plus lieu de « statuer sur les conclusions de 9 Télécom Réseau » les parties n'ayant plus qu'à formaliser l'accord intervenu entre elles<sup>214</sup>. Si l'Autorité a su montrer sa volonté de ne pas se laisser « envahir » par la notion de « différend », source d'un contentieux inutile, elle a indiqué clairement aussi qu'elle n'entendait pas se laisser court-circuitée par l'opérateur historique qui, usant de mesures dilatoires, pouvait chercher à éluder sa compétence dans le règlement des différends<sup>215</sup>. A la suite d'une demande formulée par Siris de collecte du trafic à destination de zones de transit (reroutage), France Télécom avait fait traîner les négociations pour finir par ne pas répondre à deux demandes précises d'interconnexion. L'opérateur historique arguait du fait que, n'étant pas une administration, son absence de réponse ne pouvait s'analyser en un refus d'interconnexion, justifiant de la compétence de l'A.R.T.. Cette prétention a justement été rejetée par l'Autorité qui relève que « France Télécom ne saurait, en gardant le silence, faire obstacle au droit d'un opérateur de saisir l'Autorité d'un règlement de différend »<sup>216</sup>. Cette décision signifie bien que le silence de l'opérateur historique équivaut à un refus d'interconnexion donc à l'existence d'un différend, condition de la saisine et de la compétence de l'Autorité.

Les liens étroits qu'entretiennent contrat et procès dans la fonction de régulation de l'ART ont cependant soulevé une difficulté inédite relative à l'autorité de chose jugée et qu'illustre la décision n° 98-678 du 31 juillet 1998. On retrouve cette difficulté, en des termes différents mais qui illustrent les problèmes étroits qu'entretiennent droit substantiel et droit procédural dans le cadre du droit post-moderne<sup>217</sup>, dans la récente décision de la Cour d'appel

<sup>213</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 25ème éd., 1999.

<sup>214</sup> Décision n° 99-822 du 30 septembre 1999, <http://www.art-telecom.fr>

<sup>215</sup> Voir supra sur la notion de marché pertinent.

<sup>216</sup> Décision n° 99-987 du 10 novembre 1999, <http://www.art-telecom.fr>

<sup>217</sup> Sur la procéduralisation du droit : J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Passages, Cerf, Paris 1992, *Droit et démocratie, Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997.

de Paris du 27 juin 2000<sup>218</sup>. Rejetant l'appel de France Télécom, la Cour s'est fondée tant sur des éléments procéduraux (respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, respect de l'impartialité et de la procédure...) que sur des analyses en termes de droit substantiel, notamment sur la notion d'interconnexion, ce qui prouve l'imbrication étroite entre procédure et droit substantiel. L'essor du contentieux économique atteste de l'émergence de nouvelles règles procédurales<sup>219</sup> qui remettent en cause tant l'office du juge que le jugement ou la décision auxquels il aboutit<sup>220</sup>. Ce type de contentieux soulève notamment la question du principe dispositif, le principe de neutralité du juge ainsi que le principe de l'autorité de chose jugée. Comme nous l'observons à propos du droit des procédures collectives, la décision économique est souvent une décision susceptible d'évolution, d'adaptation, d'aménagements ultérieurs<sup>221</sup>. "Le juge occupe un large espace économique et cette occupation prend une dimension inhabituelle"<sup>222</sup>. En matière économique, les décisions des magistrats impliquent souvent un suivi de la décision qui apparaît en totale contradiction avec le dessaisissement du juge dans le procès civil classique. S'agissant des autorités de régulation, leur fonction implique une intervention permanente<sup>223</sup> qui suppose de repenser l'autorité de chose jugée au regard notamment de l'objet du litige. Dans l'espèce évoquée, l'ART avait été saisie le 1<sup>er</sup> avril 1997 par Paris TV Câble pour régler un différend qui l'opposait à France Télécom sur la mise en conformité de conventions d'exploitation relatives à l'offre du service Multicâble d'accès à Internet sur le réseau câblé de Paris. Elle s'était prononcée sur ce différend le 11 juin 1997 en enjoignant à France Télécom de faire un certain nombre de travaux permettant l'accès à Internet. La Cour d'appel de Paris rejetait le 28 avril 1998 le recours formé par France Télécom contre cette décision. Le 11 juin 1998 Paris TV Câble saisissait à nouveau l'ART à propos d'un différend qui l'opposait encore à France Télécom mais relatif à la définition d'un calendrier des travaux et à la désignation de Paris TV Câble en tant que maître d'œuvre en lieu et place de France Télécom. La société locale

<sup>218</sup> J. CHEVALLIER et A.J. ARNAUD précités ; Sur la distinction toujours utile, même si elle doit être nuancée, entre droits déterminateurs et droits sanctionneurs : R. NERSON, Les droits extra-patrimoniaux, thèse Lyon 1999 ; L. CADIET, IN *Actes du colloque sur les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, 17-18 mai 1999, PUF, Aix, 193.

<sup>219</sup> M.A. FRISON-ROCHE, *Justices* 1995, 1, 91 ; E. PUTMAN, *Contentieux économique*, PUF, 1998 et les nombreuses références citées ; J. HERON, Le particularisme procédural du contentieux de la concurrence, *Justices* 1997, 6, 197.

<sup>220</sup> L. BOY, Les formes du traitement juridictionnel du contentieux économiques, in *Changement social et droit négocié*, Sous la direction d'A. PIROVANO, Economica, 1988, 15 et s.

<sup>221</sup> Ibid, 34.

<sup>222</sup> A. PIROVANO, Le caractère négocié du plan judiciaire de redressement de l'entreprise, in *Changement social et droit négocié*, Sous la direction d'A. PIROVANO, Economica, 1988, 81.

<sup>223</sup> J. CHEVALLIER, Régulation et polycentrisme dans l'administration française, *Revue administrative*, n° 301, janvier-février 1998, 43.

d'exploitation du câble concluait en demandant que « soit prononcée une injonction aux parties de conclure, dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la décision, un avenant qui traduira les termes de cette décision et celle précédente du 10 juillet 1997 ; qu'en cas de difficultés, les parties reviennent devant l'Autorité ». France Télécom souleva immédiatement l'incompétence de l'ART au motif qu'une nouvelle décision de cette dernière portait atteinte à l'autorité de chose jugée dans la mesure où elle conduisait à annuler et réformer sa première décision rendue.

La question soulevée était délicate et la réponse de l'ART rejetant cet argument traduit un relatif inconfort. L'autorité estime dans un premier temps que, n'étant pas une autorité judiciaire, le principe n'est pas applicable à ses propres décisions. Elle analyse ensuite le principe de l'autorité de chose jugée relativement à la décision de la Cour d'appel pour considérer qu'en l'espèce, il n'était pas enfreint. Cette réponse doit à notre avis être approuvée. Elle a le mérite, selon nous, non seulement d'être fondée juridiquement en ce qui concerne le second argument, mais encore de donner toute son efficacité à la régulation. On ne rappellera que pour mémoire les discussions relatives à la nature quasi-juridictionnelle du Conseil de la concurrence et donc à sa soumission au droit procédural<sup>224</sup>. En ce qui concerne l'ART, aucune discussion n'est possible. Celle-ci a reçu expressément du législateur un pouvoir juridictionnel en ce qui concerne le règlement des litiges en matière d'interconnexion (article 36-8 du Code des postes et télécommunications). Lorsqu'elle intervient dans ce cadre précis, elle le fait en tant que juge et ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris. C'est ce qu'affirme la décision de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2000. Celle-ci prend soin de relever à cette occasion que l'A.R.T. a respecté aussi bien le principe du contradictoire que celui du respect des droits de la défense ainsi que l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme, illustrant de ce fait la nature juridictionnelle de l'Autorité dans le cadre du règlement des différends en matière d'interconnexion.<sup>225</sup> Les textes précisent d'ailleurs que les décisions de l'A.R.T., comme toute décision judiciaire, doivent être motivées<sup>226</sup>. Il semble donc naturel d'appliquer à l'ART le principe de l'autorité de chose jugée, même si celui-ci doit tenir compte de la

<sup>224</sup> DANET, Le Conseil de la concurrence : juridiction incomplète ou juridiction innommée ?, *RIDE* 1991, n°1, 3 ; voir aussi les deux numéros spéciaux de la *RIDE* consacrés aux « magistratures économiques », 1997, n° 2 et 3 ; M. A. FRISON-ROCHE, op. cit. 64;

<sup>225</sup> J.B. RACINE, suite du rapport.

<sup>226</sup> Sur la procéduralisation des A.A.I : M. A. FRISON-ROCHE, Vers le droit processuel économique, *Justices*, n°1, 91 ; S. GUINCHARD, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, 139.

spécificité du contentieux, lequel nous l'avons vu est évolutif et oblige à cerner de très près l'objet de la demande. Or, le second contentieux dont elle était saisi ne remettait aucunement en cause l'autorité de chose jugée. Comme le relève très justement l'ART, le principe ne joue que relativement aux parties, à l'objet de la demande et à la cause de la demande<sup>227</sup>. En l'espèce, l'autorité met en lumière le fait que la seconde demande repose sur un objet nouveau et différent de celui de la première demande de l'opérateur. En effet, la première décision avait statué sur « les délais de réalisation de la mise à niveau » des seuls services Multicâble alors que la demande nouvelle portait elle sur « les modalités d'achèvement de travaux déjà engagés » et sur « la maintenance du réseau coaxial ». L'Autorité observe, en outre, que la situation était différente en raison d'éléments postérieurs à sa première décision, tenant notamment à « la lisibilité<sup>(1)</sup> » de la situation et à « l'ineffectivité » de sa première décision du fait de France Télécom. Fondée en droit, cette solution a le mérite de donner toute sa portée à la régulation sectorielle. Droit réflexif, le droit réglementaire n'a de sens que si l'autorité en charge peut procéder, compte tenu des résultats enregistrés, aux ajustements nécessaires à l'effectivité du droit subjectif à l'interconnexion. Il traduit une « libération de la fonction judiciaire »<sup>228</sup> par l'interpénétration du contrat et du procès, l'ineffectivité du premier accord redonnant à l'autorité sa pleine compétence pour définir les conditions supplémentaires de l'accès à la liberté des opérateurs économiques. Les différents contentieux que nous avons examinés illustrent largement cette complémentarité du contrat et du procès, qu'il s'agisse du droit à l'interconnexion, du droit à une interconnexion sécurisée ou du droit à une interconnexion à haut débit<sup>229</sup> \_

Juge en vertu de l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications, l'autorité n'est pas un serviteur servile de la loi mais un « auteur-acteur » de la norme<sup>230</sup> par l'utilisation combinée du contrat et du procès. Le contrôle de l'ordre public économique<sup>231</sup> ne se fait plus a posteriori par l'annulation du contrat ou des clauses contractuelles ; il se fait de façon positive par le contrôle du contenu contractuel sous menace de la résolution judiciaire du différend. En témoignent encore les décisions récentes dans lesquelles l'A.R.T. indique dans quel sens les clauses contractuelles relatives à l'interconnexion sécurisée<sup>232</sup> ou à l'interconnexion

<sup>227</sup> Article 1351 du Code civil.

<sup>228</sup> L. CADIET, op. cit., 25.

<sup>229</sup> Supra, 1<sup>ère</sup> partie.

<sup>230</sup> G. TIMSIT, *Archipel de la norme* (1) PUF, 1997, 195.

<sup>231</sup> G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

<sup>232</sup> Décision n° 00-30 du 5 janvier 2000 précitée.

indirecte<sup>233</sup> doivent être rédigées. Dans cette dernière décision, l'autorité tout en affirmant qu'il ne lui apparaît « pas nécessaire ni de définir ni d'imposer l'instrument juridique particulier matérialisant cette obligation », ordonne la mise en conformité de la convention d'interconnexion avec sa décision.

De par son intervention permanente pour établir les règles du jeu concurrentiel et sa volonté de régler les conflits, l'ART participe à la construction d'un droit toujours plus achevé des opérateurs à l'interconnexion, étant entendu que ce droit voit ses contours toujours plus affinés au fur et à mesure de l'évolution des technologies. La régulation apparaît ainsi comme "le moins mauvais moyen" de résoudre les conflits dans des secteurs en perpétuelle évolution.

φ C'est dire que, compte tenu des évolutions technologiques, de nouveaux défis sont à relever par l'A.R.T.

### **B. Les nouveaux défis.**

φ La "passe d'armes"<sup>234</sup> à la quelle se sont livrées l'ART, d'une part, le gouvernement et France Télécom, d'autre part, le 12 juillet 1999 laisse présager de l'âpreté des affrontements futurs entre ces divers agents.

Désavouée à l'époque par le Ministre de l'économie et des finances sur le dossier ADSL présenté par France Télécom, l'autorité a immédiatement annoncé sa volonté de se voir dotée de pouvoirs plus étendus en matière tarifaire. Elle peut justement s'appuyer pour revendiquer ces nouveaux pouvoirs sur le soutien que lui manifestent depuis le début de son action le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris.

Avec la loi du 26 juillet 1996, le droit français consacre le droit à l'interconnexion des réseaux de télécommunications<sup>235</sup>. "Mais cette liberté nouvelle n'a de sens que si ses conditions d'exercice ne se heurtent pas à l'obstacle des tarifs d'accès prohibitifs, qui posent le problème du droit perçu à l'occasion de toute interconnexion"<sup>236</sup>. Or, si l'ART a été dotée des

<sup>233</sup> Décision n° 00- 489 du 26 mai 2000 précitée.

<sup>234</sup> E. RENAULT, L'accès rapide à Internet oppose le gouvernement et l'ART, *Le Monde* 13 juillet 1999.

<sup>235</sup> Cf. *supra* I. et II et les autres contributions.

<sup>236</sup> L. RAPP, Le nouveau régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996, *Juris PTT*, 1997, n°49,8.

pouvoirs extrêmement importants par le législateur<sup>237</sup>, en matière de tarification elle n'émet qu'un avis motivé avant de transmettre le dossier au gouvernement. C'est ce dernier qui homologue les tarifs de France Télécom et cela en toute discrétion. Comme le déclarait Dominique Roux, membre du collège de l'ART, "la référence aux coûts reste le moyen le plus efficace pour stimuler la concurrence. Or ces différents coûts, selon la manière dont ils sont évalués, peuvent constituer de véritables barrières à l'entrée pour les nouveaux opérateurs et ils sont des facteurs majeurs de l'incitation à la performance en particulier pour l'opérateur historique autrefois en monopole"<sup>238</sup>. C'est dire que pour remplir effectivement ses missions l'autorité de régulation doit pouvoir intervenir de façon plus active dans la mesure où la tarification est le moyen le plus objectif et le plus transparent pour fixer les conditions d'une concurrence effective.

Parmi ses propositions pour simplifier le cadre de la régulation, l'ART a saisi l'occasion du conflit qui l'oppose au gouvernement relativement à la proposition tarifaire ADSL de France Télécom pour plaider en faveur d'une extension de ses pouvoirs au détriment de ceux du gouvernement<sup>239</sup>. Lors de la présentation du deuxième rapport d'activité de l'autorité, son Président a fait deux propositions. Constatant que la procédure d'homologation des tarifs de France Télécom pourrait être rendue plus efficace, l'ART a suggéré "deux pistes d'évolution du processus de régulation tarifaire"<sup>240</sup>. La première, s'inscrit dans une perspective d'aménagement du dispositif actuel en ce sens qu'elle laisse aux ministres le droit d'homologuer les tarifs. Elle prévoit néanmoins, et c'est la nouveauté, que la décision d'homologation doit être "explicite et motivée". La seconde, plus radicale, consisterait à confier à l'Autorité la responsabilité pleine et entière d'homologuer les tarifs. A titre comparatif, il faut savoir que les pratiques sont très variables selon les pays européens<sup>241</sup> allant de la liberté totale à la tutelle plus ou moins étroite du ministre chargé des télécommunications.

On ne peut préjuger de la solution d'avenir qui sera finalement retenue par les pouvoirs publics en ce qui concerne l'homologation des tarifs de l'interconnexion et ce faisant, l'effectivité des droits à l'interconnexion. Il est intéressant néanmoins d'observer que l'ART

<sup>237</sup> Cf. Réponse à l'appel d'offres et note méthodologique.

<sup>238</sup> Télécommunications : l'analyse des coûts, outil de régulation, *Les Echos*, 15 juin 1999.

<sup>239</sup> E. RENAULT, L'accès rapide à Internet oppose le gouvernement et l'ART, *Le Monde* 14 juillet 1999.

<sup>240</sup> Deuxième rapport d'activité pour 1998, <http://art-telecom.fr/>

s'est déjà imposée comme une autorité dont l'indépendance a été confortée tant par la Cour d'appel de Paris que par le Conseil d'Etat et le conseil de la concurrence. Malgré la complexité du schéma des compétences de ces différentes institutions, une collaboration confiante semble s'être établie entre elles confortant l'ART dans sa mission ( Voir les parties du rapport faites par I. KRIMMER et R. POESY). "Ce dispositif apparemment complet et impressionnant comporte pourtant un certain nombre de failles, qui permettent aux groupes multimédias de mener à bien leurs stratégies de développement, sans subir en fin de compte beaucoup de contraintes"<sup>242</sup>. Une série de facteurs, notamment les conditions d'insertion des groupes français multimédias dans le tissu économique<sup>243</sup> conforte aussi l'ART dans son rôle face au gouvernement. Comme l'observe judicieusement J. CHEVALLIER, l'évolution du secteur des télécommunications qui conduisent à une intégration et à une internationalisation croissantes des activités<sup>244</sup> tendent à déborder la logique de sectorisation sur laquelle repose l'encadrement public. "Tout se passe comme si les dispositifs de régulation, de type *vertical*, mis en place au gré de l'ouverture des marchés étaient pris à contre-pied, court-circuités par les stratégies transversales déployées par les opérateurs"<sup>245</sup>. Effectivement la plupart d'entre eux interviennent à la fois dans le domaine de la téléphonie, du câble, de la télédiffusion et du satellite<sup>246</sup>. Nous avons vu, en effet, que le marché pertinent en matière de télécommunications avait tendance à se globaliser, ce qui pose la question de la coexistence non seulement d'autorités sectorielles de régulation à compétence verticale et du Conseil de la concurrence dont la compétence est horizontale mais aussi celle de la coexistence d'autorités sectorielles entre elles. L'Autorité constate à cet égard la nécessité de simplifier le régime juridique applicable aux réseaux câblés. Deux régimes coexistent aujourd'hui selon que les réseaux sont utilisés pour fournir des services audiovisuels ou des services de télécommunication. L'ART propose donc un projet de modification du Code des postes et télécommunications qui permettrait d'harmoniser les différents régimes d'autorisation "dans un contexte de convergence des réseaux et des technologies"<sup>247</sup>. Celle-ci constate que la question de la régulation déontologique doit être posée dans des termes nouveaux dans la

<sup>241</sup> Cf. L. RAPP, Le nouveau régime de l'interconnexion des réseaux de télécommunications dans la loi française du 26 juillet 1996, *Juris PTT*, 1997, n°49, 8.

<sup>242</sup> J. CHEVALLIER, op. cit. *RIDE* 1999, n°1, 55.

<sup>243</sup> Ils sont étroitement liés à des intérêts industriels ce qui leur facilite l'accès aux marchés publics et leur donne un moyen de pression sur le pouvoir politique. P. PEAN et C. NICK, *TFI, Un pouvoir*, Fayard, 1997.

<sup>244</sup> Il suffit d'évoquer ici les vagues de fusions enregistrées ces derniers mois dans ce secteur.

<sup>245</sup> J. CHEVALLIER, op. cit. *RIDE* 1999, n°1, 49.

<sup>246</sup> Ch. JAKUBYSZYN et E. RENAULT, Le câble, le satellite et le téléphone se disputent l'Internet rapide, *Le Monde*, 26 mai 1999.

<sup>247</sup> Deuxième rapport d'activité pour 1998.

mesure où elle a été établie dans un contexte de monopole aujourd'hui révolu. Ceci impliquerait soit une extension des compétences des instances existantes (Conseil supérieur de la télématique, CSA), soit le recours à une formule d'autorégulation s'inspirant de celle proposée par le Conseil d'Etat dans son rapport sur Internet<sup>248</sup>. Le Conseil observe qu'Internet est l'archétype d'un phénomène nouveau : la convergence entre les mondes jusqu'alors séparés des réseaux informatiques, de l'audiovisuel et des télécommunications. Sous l'effet des phénomènes de convergence technologiques, les réseaux ne sont plus désormais dédiés à des services particuliers mais permettent de véhiculer tous types de produits et de services (téléphonie vocale, programmes audiovisuels, services interactifs). La distinction traditionnelle entre d'une part la régulation des services et des réseaux audiovisuels et, d'autre part, la régulation des services et des réseaux de télécommunications perd sa pertinence. "Une distinction nouvelle doit désormais être opérée entre deux types de réglementations : celles des réseaux de télécommunications et celles des contenus et des services"<sup>249</sup>. Rejoignant les analyses faites par l'ART, le Conseil d'Etat propose une réglementation transversale pour les réseaux de télécommunications qui sont de simples infrastructures de transport et un régime juridique distinct pour les contenus et les services fondé uniquement sur l'objet du service.

✂ Les vicissitudes du projet de loi de l'audiovisuel, les dimensions communautaires et internationale<sup>250</sup> de ces questions ne permettent pas de savoir quelles seront les réformes adoptées. Les technologies de l'information connaissent, en outre, des progrès incessants qui justifient le maintien de l'A.R.T. comme autorité régulatrice spécifique. C'est ainsi que de nouveaux problèmes surgissent du fait du mariage de la mobilité et de la technologie IP. Comme le soulignait monsieur HUBERT, « avec la future génération des mobiles, de nouveaux usages, dont nous ne connaissons pas encore précisément les contours, vont apparaître »<sup>251</sup>. En effet, les systèmes mobiles de troisième génération permettront d'enrichir considérablement l'offre de services de mobilité. Les réseaux mobiles actuels ont été conçus essentiellement pour fournir un service vocal à bas débit reposant sur la technologie de commutation de circuits. Les réseaux de mobiles de troisième génération devraient permettre aux utilisateurs d'accéder à une large gamme de services nouveaux, notamment un accès rapide à Internet, grâce à l'introduction progressive de la commutation par paquets. Les

<sup>248</sup> CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, <http://www.Internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

<sup>249</sup> Synthèse du rapport précité, 10.

<sup>250</sup> Le processus de convergences des technologiques n'est pas propre à la France et l'ensemble des pays a opté pour les formules nouvelles d'intervention publique du type AAI.

conflits sont déjà apparus et témoignent de la complexité de ce contentieux en étoile puisqu'en l'espèce c'est l'autorité judiciaire qui a été saisie par la voie du référé<sup>252</sup>. France Télécom a pris la décision de proposer des appareils « waplockés » tant sur le portail que sur la passerelle de France-Télécom. Cette proposition ne comportait pas la possibilité, clairement indiquée, de remplacer le numéro d'accès par un numéro d'un autre fournisseur d'accès Internet au gré de l'utilisateur moyennant quelques manœuvres simples. Elle aboutissait donc à faire de France Télécom le point de passage obligé pour l'accès au WAP. C'est la première fois à notre connaissance qu'un juge de droit commun se prononce sur un conflit relatif à l'interconnexion. La décision mérite un examen attentif dans la mesure où l'on sent un relatif inconfort des magistrats. Ceux-ci, tout en reconnaissant qu'il n'est « pas illégitime que France Télécom cherche à promouvoir son offre Internet en la préprogrammant sur la page d'accueil des téléphones mobiles, à la condition que soit clairement indiquée cette particularité et donc que l'utilisateur ait la liberté de programmer son téléphone de façon à voir apparaître une autre page », ont fait interdiction à France Télécom de commercialiser des téléphones mobiles qui « n'indiqueraient pas clairement la préprogrammation du numéro du fournisseur d'accès Internet de France télécom et ... ne comporterait pas la possibilité clairement indiquée, de remplacer ce numéro par celui d'un fournisseur d'accès à Internet au gré de l'utilisateur »<sup>253</sup>. Ce faisant, ils ont, tout en évitant d'avoir à se prononcer sur la position de l'opérateur historique sur ce marché<sup>254</sup>, fait interdiction sous astreinte à France Télécom de commercialiser les appareils WAP en cause jusqu'au 30 septembre 2000. On constate l'entrée dans ce contentieux de l'autorité juridictionnelle traditionnelle. Elle avoue attendre les décisions de fond des autorités de régulation et de concurrence (A.R.T. et Conseil de la concurrence) tout en reconnaissant une action qui peut avoir pour effet, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, de troubler le bon exercice de la concurrence dans le domaine de la fourniture d'accès au réseau Internet au moyen de téléphones mobiles<sup>255</sup>. En conséquence, le Tribunal a, compte tenu du « trouble manifestement illicite » des pratiques de France Télécom et de ses filiales concernées, décidé de faire interdiction à l'opérateur

<sup>251</sup> Discours de clôture des 4èmes entretiens de l'Autorité, 28 janvier 2000.

<sup>252</sup> Tribunal de commerce de Paris, référé, 30 mai 2000, SA WAPPUP. COM contre France TELECOM et autres, <http://www.e6juris.org/>

<sup>253</sup> Tribunal de commerce de Paris, référé, 30 mai 2000, SA WAPPUP. COM contre France TELECOM et autres, <http://www.e6juris.org/>

<sup>254</sup> « Les allégations de dépendance économique des constructeurs de téléphones mobiles, déniées par ceux-ci, ne sauraient être retenues puisque le marché pertinent pour ces matériels est à l'évidence le marché mondial ».

<sup>255</sup> On ne sait véritablement si le comportement relève de l'entente ou de l'abus de position dominante ou encore de l'abus de dépendance économique. Cette décision témoigne à l'évidence de la difficulté de discriminer, d'une part entre les pratiques anticoncurrentielles, d'autre part entre pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence.

historique de commercialiser ses téléphones mobiles. Il est intéressant une fois encore de noter que cette décision entend fermement s'inscrire dans le temps. Le tribunal prend, en effet, le soin de noter que son interdiction prendra fin au 30 septembre 2000, date à la quelle il liquidera éventuellement l'astreinte provisoire<sup>256</sup>. Les diverses autorités qui se penchent sur le « berceau » de l'interconnexion témoignent ainsi de l'importance qu'elles accordent au facteur temps dans le règlement des différends construisant à un droit subjectif à l'interconnexion.

---

∞ <sup>256</sup> Y. LOBIN, L'astreinte en amatière civile depuis la loi du 5 juillet 1972, *Mélanges KAYSER*, T.II , 131 : E. PUTMAN, La contrainte dans le droit de l'exécution, *Rev. Dr. Prospectif*, 1994, 2, 341.

## La procédure devant l'Autorité de Régulation des Télécommunications.

Employer le mot de procédure semble tenir pour établi que l'autorité de régulation des télécommunications (ART) est un organe juridictionnel. Or la nature de l'ART est discutable. L'ART est une autorité administrative indépendante (AAI) chargée des fonctions de régulation du secteur des télécommunications. Mais l'ART présente une nature très complexe<sup>1</sup>. En effet, outre les attributions de régulation, cet organisme est en charge d'un contentieux de droit privé entre opérateurs. Il s'agit d'un contentieux de type subjectif. Ce sont principalement les droits subjectifs à l'interconnexion appartenant aux opérateurs qui sont en jeu dans le cadre de l'article L. 36-8 CPT<sup>2</sup>. Il s'agit d'un signe distinctif de l'ART par rapport aux autres autorités administratives indépendantes. En effet, jusqu'à présent les AAI étaient plutôt en charge d'un contentieux de type objectif<sup>3</sup> (protection de la libre concurrence pour le Conseil de la concurrence, protection de l'épargne pour la Commission des opérations de bourse).

Dans le cadre du contentieux de l'article 36-8 CPT, il apparaît bien que l'ART remplit une mission juridictionnelle. La Cour d'appel de Paris l'a expressément reconnu par une décision du 28 avril 1998<sup>4</sup>. La Cour a déclaré que le législateur avait décidé de confier à l'ART la mission de rendre des « décisions exécutoires tranchant [les] litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication ». Le terme de procédure n'est donc pas abusif<sup>5</sup>. Ce terme a d'ailleurs été

---

<sup>1</sup> V. B. Lasserre, « L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) », *AJDA*. 1997, p. 224.

<sup>2</sup> L'ART est compétente au terme de cet article pour trancher les différends relatifs au refus d'interconnexion, à la conclusion et à l'exécution des conventions d'interconnexion et aux conditions d'accès à un réseau de télécommunications ; à la mise en conformité des conventions comportant des clauses excluant ou apportant des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux câblés, qu'il s'agisse des réseaux du plan câble ou des réseaux concessifs ; aux possibilités et aux conditions d'une utilisation partagée entre opérateurs des installations existantes situées sur le domaine public et sur les propriétés privées.

<sup>3</sup> Même si derrière le caractère objectif du contentieux se profile des droits subjectifs.

<sup>4</sup> *AJDA*. 1998, p. 835, note I. de Silva ; *D. aff.* 1998, p. 992.

<sup>5</sup> Il existe cependant dans la littérature consacrée au sujet un abus de langage. On parle parfois des pouvoirs « d'arbitrage » de l'ART (ex : I. de Silva, note sous CA Paris 28 avril 1998 (2 décisions), *AJDA*. 1998, p. 838). Il ne s'agit bien sûr pas d'un arbitrage au sens du livre quatrième du nouveau

employé par le décret du 19 mars 1997 relatif à la *procédure*<sup>6</sup> suivie devant l'ART et la Cour d'appel de Paris en cas de différend mentionné à l'article L. 36-8 du CPT. Le règlement intérieur du 26 mars 1997 établi par l'ART, règlement modifié le 18 juillet 1999<sup>7</sup>, pose des règles de procédure.

En outre, l'article L. 36-9 du CPT donne à l'ART une mission de conciliation pour tous les litiges ne relevant pas de l'article L. 36-8. Dans le cadre de cette mission, l'ART n'exerce pas de pouvoir juridictionnel. En effet, la conciliation ne fait pas partie des modes juridictionnels de règlement des litiges. Il s'agit d'un mode non juridictionnel qui est à classer dans la catégorie nouvelle des modes alternatifs de résolution des conflits. La procédure de conciliation devant l'ART présente la particularité d'être informelle. Outre l'article L. 36-9 CPT, les seules règles établies encadrant le déroulement d'une telle mission sont celles posées à l'article 17 du règlement intérieur de l'ART (version 1999). Selon cet article, le conciliateur désigné par le président de l'ART organise la procédure de conciliation et favorise la recherche et la conclusion d'un accord. Si la conciliation est obtenue, le procès verbal de conciliation vaut accord entre les parties. Si la conciliation échoue, le président saisit le Conseil de la concurrence si le litige relève de sa compétence. La conciliation est peu pratiquée par l'ART<sup>8</sup>. En effet, pour l'année 1997 seulement trois demandes de conciliation avaient été déposées devant elle<sup>9</sup>. Le caractère très informel de cette procédure ainsi que la modestie de son utilisation<sup>10</sup> sont deux raisons justifiant que la conciliation soit exclue de cette étude.

De toute autre nature est la mission de sanction attribuée à l'ART au titre de l'article L. 36-11 CPT. En vertu de cet article, l'ART dispose du pouvoir de sanctionner le non-respect

---

Code de procédure civile. C'est pourquoi, plutôt que d'employer le terme d'arbitrage, il est préférable de parler des pouvoirs juridictionnels de l'ART.

<sup>6</sup> Souligné par nous.

<sup>7</sup> Décision n° 99-528 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 18 juillet 1999 portant règlement intérieur, *J.O.*, 21 juillet 1999, p. 10849.

<sup>8</sup> La rapport de la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale (*A.N.*, n° 2004, p. 55) précise que la fonction de régulation de l'ART n'est pas utilisée par les opérateurs ceux-ci « préférant porter une affaire au contentieux sans tarder afin que le droit soit fixé clairement et le plus rapidement possible et que la décision prise s'impose à tout le secteur et fasse jurisprudence. La procédure de conciliation apparaît souvent comme une perte de temps et manque d'efficacité dans des matières mettant en jeu des investissements considérables et de long terme ».

<sup>9</sup> ART, *Rapport public d'activité* 1997, p. 126.

<sup>10</sup> Au regard de son absence d'utilité, la fonction de conciliation n'a pas été attribuée à la Commission de régulation de l'électricité pourtant bâtie sur le modèle de l'ART. V. G. du Puy-Montbrun et B. Martor, « La Commission de régulation de l'électricité », *Petites affiches*, 14 janvier 2000, p. 9, spéc., p. 14.

des dispositions légales et réglementaires en matière de télécommunications. Il ne s'agit plus d'un contentieux de type subjectif. Le contentieux concerné par l'article L. 36-11 est de nature objective. L'ART est chargée d'assurer la bonne application des normes légales et réglementaires. C'est un pouvoir disciplinaire qui est confié à l'ART. Dans l'exercice de ce pouvoir, l'ART doit aussi respecter une procédure établie par les textes.

Bien sûr, le terme de procédure est très large. L'étude doit être limitée à l'instance portée devant l'ART à partir de la saisine jusqu'au prononcé de la décision. Certaines questions sont donc exclues. Il s'agit en premier lieu de la compétence de l'ART qui ne sera pas traitée dans le cadre de cette contribution<sup>11</sup>. Cette question est à relier avec celle concernant les relations de l'ART avec le Conseil de la concurrence<sup>12</sup>. En second lieu, les voies de recours contre les décisions de l'ART portées tant devant la Cour d'appel de Paris que devant le Conseil d'Etat ne seront pas abordées directement<sup>13</sup>.

Il se dégage de l'analyse que la procédure devant l'ART se dédouble. Il y a tout d'abord la procédure de l'article L. 36-8 CPT. C'est un contentieux de type subjectif, autrement dit « quasi-civil » (I). Il y a ensuite la procédure de l'article L. 36-11 CPT. Il s'agit d'un contentieux de type objectif, de nature disciplinaire, autrement dit « quasi-pénal » (II).

## **I) La procédure dans le cadre de l'article 36-8 CPT.**

La loi est très brève. L'article 36-8 renvoie à trois principes : la contradiction, la motivation et la publicité (des débats et des décisions). C'est principalement le règlement intérieur de l'ART qui régit les différentes étapes de la procédure. Il faut s'intéresser d'abord à la saisine de l'ART et ensuite au déroulement de la procédure.

### **A) La saisine de l'ART.**

<sup>11</sup> S'agissant d'un contentieux de droit privé (fondé sur l'article L. 36-8 CPT), les litiges sont susceptibles d'être portés devant le juge de droit commun (le tribunal de commerce s'agissant d'une matière commerciale). En effet, rien dans la loi n'attribue à l'ART une compétence exclusive. Ainsi, les parties peuvent décider de saisir le juge du contrat plutôt que l'ART. La compétence de cet organisme est donc facultative. Elle bénéficie cependant d'un avantage de fait : l'ART étant spécialisée dans les questions de droit des télécommunications, il est préférable de lui confier le litige afin de bénéficier de son expertise.

<sup>12</sup> V. la contribution de I. Krimmer.

<sup>13</sup> V. la contribution de R. Poésy.

Les modalités de saisine de l'ART dans le cadre de l'article L. 36-8 sont marquées par la souplesse. Il existe deux moyens de saisir l'ART : soit par lettre recommandée avec avis de réception soit par dépôt au siège de l'Autorité contre délivrance d'un récépissé. Ces deux moyens sont d'une très grande simplicité et ne font appel à aucun formalisme. L'acte de saisine doit indiquer les faits qui sont à l'origine du différend, exposer les moyens invoqués et préciser les conclusions présentées. Ce même acte doit en outre porter des indications relatives au demandeur et au défendeur<sup>14</sup>. Il n'y a pas véritablement de sanction lorsque l'acte de saisine ne répond pas à ces conditions. Dans ce cas, le chef des services juridiques met en demeure le demandeur par lettre recommandée avec avis de réception de compléter la saisine. Ce n'est qu'à réception des éléments manquants que le délai mentionné à l'article R. 11-1 CPT commence à courir. Cet article prévoit que l'ART doit se prononcer dans un délai de trois mois à compter de sa saisine (ce délai peut être porté à six mois en vue de permettre à l'Autorité de procéder ou de faire procéder à toutes investigations ou expertises nécessaires). Ce délai de trois mois ne court qu'à compter de la saisine complète de l'ART. La seule sanction au dépôt d'un acte de saisine incomplet est donc le report du point de départ du délai de trois mois prévu à l'article R. 11-1 CPT. Et le seul effet attaché au dépôt de l'acte de saisine est de faire courir ce délai. Il semble logique de considérer que l'acte de saisine de l'ART ne produit aucun effet interruptif de prescription au sens de l'article 2244 du Code civil.

Rien n'est prévu concernant l'intérêt à agir. Quelle serait la solution si une partie saisissant l'ART ne pouvait se prévaloir d'un intérêt à agir ? En dépit du silence des textes, il semble que la règle « pas d'intérêt pas d'action » devrait logiquement s'appliquer à l'ART. Cette règle exprime en effet un principe général du droit processuel. En tant que tel, il doit normalement s'appliquer à tout organe pourvu de pouvoirs juridictionnels.

#### B) Le déroulement de la procédure devant l'ART.

La procédure suivie devant l'ART est également marquée par la simplicité et la souplesse. Elle repose sur la collaboration entre l'Autorité et les parties. En effet, nul membre

---

<sup>14</sup> Selon l'article 9 du règlement intérieur, la saisine indique « si le demandeur est une personne physique : ses nom, prénom, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le demandeur est une personne morale : sa dénomination, sa forme, son siège social, l'organe qui la représente légalement et la qualité de la personne qui a signé la saisine ; les statuts sont joints à la saisine ; le demandeur

de l'ART, qu'il s'agisse du chef du service juridique ou du rapporteur, n'a de pouvoir contraignant sur les parties. Par exemple, il n'est pas possible de forcer une partie à produire une pièce<sup>15</sup>. L'efficacité de la procédure postule que les parties manifestent de la bonne volonté et entendent elles-mêmes aboutir dans les meilleurs délais à une décision.

Les décisions de l'ART contiennent une motivation très détaillée<sup>16</sup>. L'Autorité tient visiblement à reprendre un à un les arguments présentés par les parties. Une telle démarche ne semble pas indispensable dans la mesure où un juge étatique, lorsqu'il motive sa décision, n'est pas tenu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation<sup>17</sup>. Une motivation plus légère rendrait les décisions plus lisibles sans pour autant les entacher d'un quelconque vice de procédure.

Le principe de la contradiction s'impose à l'ART. Ce principe est plusieurs fois affirmé. Tout d'abord à l'article L. 36-8 CPT<sup>18</sup>, ensuite dans le décret du 19 mars 1997<sup>19</sup> et enfin dans le règlement intérieur de l'ART<sup>20</sup>. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler l'obligation de respecter le principe du contradictoire qui incombe à l'ART dans un arrêt du 27 juin 2000<sup>21</sup>. Cette décision est intéressante plus parce qu'elle réaffirme l'application du principe de la contradiction dans le cadre de la procédure devant l'ART que dans son application concrète aux faits de l'espèce. En effet, en l'espèce, les moyens soulevés

---

doit préciser le nom, prénom et domicile du ou des défendeurs, ou s'il s'agit d'une ou plusieurs personnes morales, leur dénomination et leur siège social ».

<sup>15</sup> Art. 12 al. 1 règlement intérieur : « Le rapporteur ou son adjoint... peut en particulier inviter les parties à fournir, oralement ou par écrit, les explications nécessaires à la solution du différend ». Art. 12 al. 2 règlement intérieur : « Le rapporteur ou son adjoint peut mandater des agents de l'Autorité afin de procéder aux constatations, *en accord avec la partie concernée*, en se transportant sur les lieux ».

<sup>16</sup> V. par exemple, décision n° 99-197 du 1<sup>er</sup> mars 1999 ; décision n° 99-539 du 18 juin 1999 ; décision n° 00-30 du 5 janvier 2000.

<sup>17</sup> Depuis le décret du 28 décembre 1998, le tribunal peut même se contenter, plutôt que d'exposer les prétentions respectives des parties et leurs moyens, de viser les conclusions des parties avec l'indication de leur date (art. 455 NCPC).

<sup>18</sup> « L'autorité se prononce... après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations ».

<sup>19</sup> Art. R. 11-1 al. 3 CPT : « L'autorité de régulation des télécommunications donne à chacune des parties connaissance des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe s'il y a lieu le délai dans lequel il devra y être répondu. Elle peut entendre les parties ».

<sup>20</sup> V., notamment, Art. 10 al. 3 : « Afin de permettre le respect du délai édicté par l'article R. 11-1 CPT et du *principe du contradictoire*, à réception de la saisine complète, le chef du service juridique ou son adjoint peut inviter les parties à se réunir en sa présence pour déterminer, d'un commun accord, un calendrier prévisionnel fixant les dates de production des observations ». Art. 12 al. 1 : « Le rapporteur ou son adjoint peut procéder en respectant le *principe du contradictoire* à toute mesure d'instruction qui lui paraîtrait utile ». Art. 14 al. 5 : « Les parties, qui peuvent se faire assister, répondent aux questions des membres du collège et présentent leurs observations orales ».

<sup>21</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> chambre, section H, n° 2000/02659, inédit.

manquaient de toute évidence de pertinence<sup>22</sup>. Mais la Cour de Paris en profite pour déclarer que « le principe de la contradiction qui s'impose à l'ART dans le cadre de la procédure de règlement des différends... fait obligation à l'ART de s'assurer que chaque partie a eu la faculté de prendre connaissance des observations et pièces produites par l'autre partie, afin de les discuter »<sup>23</sup>. Il s'agit de la référence à une règle mise en œuvre quotidiennement devant les tribunaux étatiques. Il n'y a *a priori* aucune originalité dans l'application du principe de la contradiction à l'ART.

Toutefois ce principe peut entrer en conflit avec la nature particulière des décisions de l'ART. M. Jeanneney expliquait que l'ART avait vocation à adopter des décisions concertées, évolutives, adaptables (afin d'adapter les règles à l'évolution technique)<sup>24</sup>. Comment dès lors concilier la nature de ces décisions avec le respect du principe du contradictoire ? La souplesse et l'adaptabilité ne nécessitent-elles pas sinon la mise à l'écart du moins un infléchissement du principe de la contradiction ? Il semble en réalité que l'ART est très attachée au respect du principe de la contradiction. Les décisions de cet organisme veillent à un respect scrupuleux du principe. Les évolutions jurisprudentielles récentes à propos du respect du droit à un procès équitable devant les AAI ont sans doute joué un rôle déterminant.

Le respect des droits de la défense par les AAI est l'une des questions majeures actuellement débattues concernant ces organismes. En effet, certaines des pratiques de la Commission des opérations de bourse ont été sanctionnées par l'Assemblée plénière de la

<sup>22</sup> Dans le premier moyen, France télécom prétendait voir un manquement au principe de la contradiction dans le fait que l'ART ne lui avait pas communiqué une convention d'interconnexion entre Télécom développement, son adversaire au litige, et SFR. Mais la Cour de Paris refuse de suivre l'argumentation. Tout d'abord, les demandes d'informations sont faites dans le cadre de l'article D. 99-6 et non dans l'instruction contradictoire de la procédure de règlement du différend. Ainsi, l'ART n'a pas communiqué un document dans la procédure de l'art. L. 36-8-1 CPT alors que ce document avait été sollicité dans le cadre des dispositions relatives à une autre de ses compétences. Ensuite, il n'était ni démontré ni même allégué que l'ART se serait fondée sur cette convention d'interconnexion pour apprécier le litige qui lui était soumis d'autant plus que la décision ne faisait aucune référence à celle-ci. Sur le second moyen, V., la note suivante.

<sup>23</sup> France Télécom invoquait une violation du principe de la contradiction au motif que le texte des réponses fournies oralement par Télécom développement aux questions posées par l'ART ne lui avait pas été communiqué. L'argument est rejeté par la Cour de Paris. La Cour reconnaît certes que l'ART ne s'était pas assurée du caractère contradictoire de la production de ce document. Mais la Cour précise que le manquement au principe de la contradiction était « purement formel » car France Télécom connaissait en réalité les réponses faites par son adversaire et, qui plus est, le document ne faisait que reproduire des observations orales auxquelles France Télécom avait pu répondre. Au prix d'une analyse substantielle, la Cour de Paris rejette l'argument tiré de la violation du principe de la contradiction. Le document non communiqué à France Télécom contenait des informations que France Télécom connaissait et qui avaient été soumises à la contradiction lors d'un débat oral.

<sup>24</sup> in *Les entretiens de l'ART, Le droit des télécommunications : bilan et perspectives*, Paris, 23 mars 1999.

Cour de cassation sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme<sup>25</sup>. Dans cette décision, l'Assemblée plénière a décidé que « l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; c'est, dès lors, à bon droit, que la Cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré ». Au nom du principe d'impartialité, c'est la confusion entre les fonctions d'instruction et de jugement qui a été sanctionnée. La Cour de cassation a étendu la solution au Conseil de la concurrence<sup>26</sup>. Dans cette dernière affaire, la Cour a décidé que la participation du rapporteur chargé de l'instruction et du rapporteur général méconnaît les exigences de l'article 6 CEDH<sup>27</sup>. Il s'agissait, par conséquent, d'un manquement au droit à un procès équitable.

Cette jurisprudence montre que les procédures se déroulant devant les AAI ne sont pas toujours respectueuses des principes fondamentaux du procès. Comme l'a écrit M. Guinchard, « Ces contentieux confiés aux autorités administratives indépendantes manquent de tradition, de bases juridiques solides et leur mixité (un tiers de civil, un autre de pénal et un dernier d'administratif) altèrent les concepts du droit processuel et portent souvent atteinte aux droits fondamentaux du procès »<sup>28</sup>. Un tel reproche ne peut être porté à l'encontre de l'ART.

L'ART a été très attentive aux évolutions jurisprudentielles récentes. Celle-ci revendiquant plus de pouvoirs<sup>29</sup>, il était logique qu'elle tienne à assurer sa légitimité. L'ART

<sup>25</sup> 5 février 1999, *Oury*, *D.* 1999, som. com. P. 425, obs. I. Bon-Garcin ; *Petites affiches*, 10 février 1999, p. 14, note Ducouloux-Favard ; *D. aff.*, 1999, p. 317 et p. 410 ; *JCP. Ed. E.*, 1999, p. 296 ; *Rev. gén. proc.* 1999, p. 275, obs. L. Idot ; *Droit et patrimoine*, oct. 1999, p. 101, note E. Putman ; *Rev. dr. banc. et bourse*, 1999, obs. M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Bull. Joly Bourse*, 1999, p. 136, obs. N. Rontchewsky. V. F. Bucher, « Procédure et sanction de la COB et garanties fondamentales » *D. aff.*, 1999, p. 746. Adde, G. Canivet, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales », *RJDA*, 1996, p. 423.

<sup>26</sup> Cass. Com., 5 octobre 1999, *D.* 1999, *cahiers aff.*, p. 44, *D.* 2000, *cahiers aff. Somm.* p. 9., obs M.L. Niboyet ; *JCP. éd. G.*, 2000, II, 10255, note E. Cadou ; *Contrats, Conc. Consomm.*, déc. 1999, p. 13. V., auparavant, Paris, 15 juin 1999, *D.* 1999, IR, p. 184 ; *JCP éd. G.* 2000, II, 10254, obs. J.C. Fourgoux. V. la critique de D. Brault, « La présence du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence : se fier aux apparences ou aux réalités ? », *Lamy Droit économique*, juin 1999, n° 118. V. aussi, L. Idot, obs., *Rev. gén. proc.*, 1999, p. 718 et s.

<sup>27</sup> « la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué ; il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ».

<sup>28</sup> S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Droit économique et philosophie du droit, quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139, spéc., p. 172.

<sup>29</sup> *La Tribune*, 13 juillet 1999.

a voulu préserver ses décisions contre un risque d'annulation devant la Cour de Paris sur le fondement de l'article 6 CEDH. C'est pour tenir compte de la nouvelle jurisprudence que le règlement intérieur a été modifié le 18 juillet 1999. L'article 15 de ce règlement dispose, dans le cadre de l'article L. 36-8 CPT, que « Le collège délibère, hors la présence du rapporteur, de son adjoint, du chef du service juridique, de son adjoint et des parties ». Les décisions rendues par l'ART précisent elles-mêmes qu'elles ont été rendues hors la présence du rapporteur<sup>30</sup>.

L'ART s'est adaptée spontanément aux exigences posées par la Cour de cassation dans l'affaire Oury et relatives au droit à un procès équitable. En effet, cette institution n'a pas attendu d'être condamnée pour modifier son fonctionnement interne<sup>31</sup>. Les membres de l'ART ont dû estimer que cette institution présentait les mêmes caractéristiques que la Commission des opérations de bourse. On assiste donc, pour reprendre les termes de Mme Frison-Roche<sup>32</sup>, à l'émergence d'un droit commun de la régulation qui se met en place principalement en matière de procédure. Il existe désormais un corps de règles communes qui s'appliquent de la même manière aux différentes autorités administratives indépendantes<sup>33</sup>.

Pour M. Libchaber, la jurisprudence relative à la COB réalise une nouvelle lutte pour le droit<sup>34</sup>. Pour l'auteur, « l'exigence d'un tribunal impartial pourrait apparaître comme une façade, derrière laquelle une véritable lutte pour le droit se livrerait en sourdine ; par certains de ces arrêts, la Cour de cassation tenterait de reprendre en main une partie de la réglementation du domaine économique, précisément parce qu'elle échappe de plus en plus aux juristes et donc aux exigences juridiques ». La jurisprudence de la Cour de cassation révèle en effet que les magistratures économiques que sont les AAI ne sont pas dispensées de

<sup>30</sup> Ex : décision n° 99-539 en date du 18 juin 1999 Cegetel Entreprises/France Télécom.

<sup>31</sup> Le communiqué de presse de l'ART du 21 juillet 1999, faisant suite à la modification du règlement intérieur, révèle l'état d'esprit qui a présidé à cette modification. Il est précisé, en effet, que l'ART suivait, avant même la modification du règlement intérieur, des pratiques conformes à l'article 6 CEDH. Le communiqué indique que le règlement intérieur a en réalité été refondu dans son intégralité « pour des raisons de clarté ». L'ART entend signifier qu'elle a toujours été respectueuse des garanties fondamentales du procès. Le nouveau règlement intérieur est donc conçu comme opérant seulement une modernisation et une clarification des règles de procédure. De cette manière, l'ART a sans doute voulu asseoir sa légitimité et instaurer un climat de confiance.

<sup>32</sup> *Le Monde*, 14 septembre 1999.

<sup>33</sup> V. aussi, S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », *op. cit.*, p. 164 : « Un droit processuel nouveau apparaît, véritable bloc de droits fondamentaux, de garanties fondamentales d'une bonne justice qui ont vocation à s'appliquer dans tous les contentieux, notamment dans les contentieux récents et spécifiques portés devant les autorités administratives indépendantes ».

<sup>34</sup> *RTD. Civ.*, 1999, p. 738.

respecter les principes fondamentaux de procédure<sup>35</sup>. Mais plus qu'une lutte pour le droit, les récents arrêts de la Cour de cassation montrent que la déréglementation n'entraîne pas forcément moins de droit. Les AAI, qui sont le paradigme du concept nouveau de régulation<sup>36</sup>, sont soumises aux garanties fondamentales du procès<sup>37</sup>.

Si elle était saisie, la Cour de cassation ferait-elle fait application de l'article 6 CEDH à l'ART ? La réponse semble à première vue affirmative. Toutefois, il n'est pas certain que la Cour de cassation soit aussi exigeante envers l'ART qu'envers la COB ou le Conseil de la concurrence. Dans le cadre de l'article 36-8 CPT, l'ART ne statue que sur les litiges relatifs à l'interconnexion et ne prononce pas de sanctions répressives. Or, à propos de la COB et du Conseil de la concurrence, c'est dans le cadre du prononcé de telles sanctions que l'article 6 CEDH a été appliqué. La même rigueur ne s'impose peut-être pas dans le cadre de litiges purement subjectifs où l'ART ne dispose pas de pouvoirs coercitifs<sup>38</sup>. Il demeure cependant que, même dans le cadre de l'article 36-8 CPT, l'article 6 s'applique probablement à l'ART. En effet, la Cour de cassation veille aujourd'hui, de manière générale, à l'exigence d'impartialité<sup>39</sup>. L'application de l'article 6 CEDH à l'ART s'explique alors non pas au regard de la gravité des sanctions susceptibles d'être prononcées, gravité qui justifierait le respect de garanties procédurales. L'application de l'article 6 CEDH se justifie par l'existence de pouvoirs quasi-juridictionnels attribués à l'Autorité en vertu de l'article 36-8 CPT.

Dans ce sens, la Cour d'appel dans son arrêt du 27 juin 2000<sup>40</sup> a expressément appliqué l'article 6 CEDH à l'ART en déclarant que, dans le cadre de l'article 36-8-1 CPT, l'autorité doit faire preuve d'impartialité. Mais la Cour a rejeté le grief formulé par France

<sup>35</sup> De manière plus générale, il est possible de voir dans le phénomène l'émergence d'un droit processuel économique (sur lequel, V. M.A. Frison-Roche, « Vers le droit processuel économique », *Justices*, 1995, n° 1, p. 91 ; E. Putman, *Contentieux économique*, PUF, 1998, p. 285 et s).

<sup>36</sup> V., *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G. Martin, LGDJ, 1998, Coll., Droit et société.

<sup>37</sup> V. N. Decoopman, « A propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation », in *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p. 255 et s.

<sup>38</sup> En outre, lorsque l'ART prononce des sanctions (en application de l'article 36-11 CPT), c'est le Conseil d'Etat, et non les juridictions de l'ordre judiciaire, qui connaît des décisions de l'ART. Les règles mises en œuvre par la Haute juridiction administrative ne sont pas identiques à celles de la Cour de cassation. V., *infra*, II).

<sup>39</sup> Cass. Ass. Plén., 6 novembre 1998 (deux arrêts), *D.* 1999, jur., p. 1, concl. Burgelin ; *JCP.* 1998, II, 10198, rapport Sargos ; *RTD. Civ.*, 1999, p. 183, obs. J. Normand et p. 193, obs. R. Perrot. *Adde*, M.A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron., p. 53. Dans l'un de ses deux arrêts, la Cour de cassation a estimé, au nom du principe d'impartialité contenu dans l'article 6 CEDH, qu'un juge des référés ayant accordé une provision ne pouvait ensuite statuer au fond dans la même affaire (solution inverse pour le juge des référés ayant ordonné une mesure conservatoire).

<sup>40</sup> Préc, *supra*, note n° 21.

Télécom à l'encontre de l'impartialité de l'ART<sup>41</sup>. La mise en œuvre concrète du devoir d'impartialité peut poser des difficultés. L'ART remplit des tâches multiples. Elle n'est pas que juge. L'ART est aussi acteur direct de la régulation du secteur des télécommunications. Ainsi, les offres d'interconnexion lui sont communiquées. L'ART peut effectuer des recommandations à ce stade en vue de leur modification. Ensuite, si un contentieux s'élève entre les parties, l'ART sera chargée de trancher le litige. Cette dualité de fonctions n'entraîne-t-elle pas un risque quant à l'impartialité de l'ART ? Au stade de l'analyse des offres d'interconnexion, l'ART ne préjuge-t-elle pas de l'issue du contentieux à venir ? Est-ce que l'impartialité objective de l'ART est garantie ? La Cour de Paris dans l'arrêt du 27 juin 2000 répond que l'ART avait respecté son devoir d'impartialité. Cette décision, au delà de justifications tirées des faits de l'espèce, invite à penser que dans le domaine nouveau de la régulation, les principes classiques de procédure ne peuvent peut-être pas s'appliquer à la lettre. Comme la régulation porte par définition sur un objet complexe, il faut procéder à des adaptations. La régulation appelle sans doute des assouplissements. Il n'est pas possible d'exiger l'application stricte des principes fondamentaux du procès. Cette remarque tendrait plutôt à relativiser l'influence de la jurisprudence Oury.

Nous avons raisonné jusqu'à présent sur un contentieux de type subjectif. Qu'en est-il dans le cadre des pouvoirs de sanction dévolus à l'Autorité en vertu de l'article 36-11 CPT ?

<sup>41</sup> France télécom mettait en doute l'impartialité de l'ART car celle-ci avait prétendument, avant que la décision soit rendue, exprimé dans un courrier une préférence pour la solution préconisée par Télécom développement dans le litige qui l'opposait à France Télécom. Dans ce courrier, l'ART demandait à France Télécom de modifier ses offres de sécurisation. Il était écrit que France Télécom devait proposer une solution déterminée « le cas échéant » et « en fonction de l'issue du règlement du litige en cours ». La Cour de Paris refuse de constater une violation du devoir d'impartialité de la part de l'ART. Selon la Cour, « l'emploi des mots le cas échéant et en fonction de l'issue du règlement du différend en cours ne reflètent ni parti pris, ni préjugé, et ne justifient pas un doute légitime sur l'impartialité de celui qui les a écrits ».

## II) La procédure dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT.

S'agissant d'une procédure de sanction visant à prononcer des peines quasi-répressives<sup>42</sup>, la procédure, plus encore que précédemment, doit viser à garantir les droits fondamentaux du procès.

Tout d'abord, devant l'ART la règle *non bis in idem* est garantie. Selon cette règle, il n'est pas possible pour les mêmes faits qu'une sanction administrative de nature pécuniaire se cumule avec une sanction pénale. Ce principe est garanti par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 CEDH. Celui-ci a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à l'ART en date du 23 juillet 1996<sup>43</sup>. Devant l'ART un cumul de sanctions est rendu impossible. En effet, selon l'article L. 36-11 CPT le prononcé d'une sanction pécuniaire par l'ART n'est possible que si les faits concernés ne constituent pas dans le même temps une infraction pénale. A défaut, l'ART est incompétente.

Ensuite, le prononcé des sanctions est lui aussi soumis au respect des droits de la défense. L'article L. 36-11 2° b) al. 2 dispose que « Les sanctions sont prononcées après que l'opérateur a reçu notification des griefs et a été mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales »<sup>44</sup>. On pourrait légitimement penser que le prononcé des sanctions dans le cadre de l'article L. 36-11 est soumis à l'instar de la procédure de l'article L. 36-8 au respect de l'article 6 CEDH. Or, une telle affirmation doit être nuancée. Rendues sur le fondement de l'article L. 36-8 CPT, les décisions de l'ART sont soumises à la juridiction de la Cour d'appel de Paris (la Cour de cassation connaissant du contentieux sur

<sup>42</sup> L'ART peut, notamment, au terme de l'article L. 36-11 2) b), « prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder 3 p. 100 du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, taux porté à 5 p. 100 en cas de nouvelle violation de la même obligation. A défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder un million de francs, porté à deux millions et demi de francs en cas de nouvelle violation de la même obligation ».

<sup>43</sup> AJDA, 1996, p. 694, note O. Schrameck.

<sup>44</sup> V. aussi l'article 18 al. 3 règlement intérieur : « Le rapporteur ou son adjoint procède à l'instruction avec le concours des services de l'Autorité. La personne mise en cause est entendue à sa demande ou si le rapporteur ou son adjoint l'estime nécessaire. Elle peut se faire assister ou représenter par toute personne de son choix ». Art. 21 al. 3 règlement intérieur : « ...la personne mise en cause, le cas échéant assistée ou représentée par un mandataire de son choix, est invitée à répondre aux questions des membres du collège et à présenter ses observations orales ».

pourvoi)<sup>45</sup>. Dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT, les décisions rendues par l'ART sont soumises au Conseil d'Etat d'un recours de pleine juridiction. Il semble que la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat n'est pas aussi favorable à l'application de l'article 6 CEDH aux AAI que la Cour de cassation. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat<sup>46</sup> avait refusé d'appliquer l'art. 6 CEDH au conseil du marché à terme (remplacé par la loi du 2 juillet 1996 par le Conseil des marchés financiers) au motif que cet organisme n'était pas une juridiction quand bien même celui-ci prononçait des sanctions disciplinaires<sup>47</sup>. La jurisprudence de la Haute juridiction administrative a évolué dans un second temps. Le 3 décembre 1999<sup>48</sup>, le Conseil d'Etat a rendu un nouvel arrêt concernant le Conseil des marchés financiers (CMF)<sup>49</sup>. Le Conseil d'Etat a décidé que l'article 6 CEDH pouvait s'appliquer aux décisions rendues par le CMF en matière disciplinaire<sup>50</sup>. Cette solution est très différente de celle exprimée par le précédent arrêt de la même juridiction rendu le 4 mai 1998. Il y a là un revirement de jurisprudence. Toutefois, le Conseil d'Etat ne tire pas la même conséquence de l'application de l'article 6 CEDH que la Cour de cassation à propos de la présence du rapporteur au délibéré. Le Conseil d'Etat considère que le rapporteur, étant démuné de pouvoirs de poursuite et ne disposant que de pouvoirs non contraignants d'investigation, peut participer au délibéré

<sup>45</sup> V., *supra*, I).

<sup>46</sup> 4 mai 1998, *D.* 1999, som. com., p. 249, obs. I. Bon-Garcin. V. aussi CE, 3 février 1999, *ibid.*, *loc. cit.*, à propos du conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel, CE, 9 octobre 1996, *Quot. Jur.*, 1996, n° 104, note G. Pelissier ; sur la Commission bancaire, CE, 21 février 1997, *RJDA*, 1997, n° 5, n° 669.

<sup>47</sup> Dans son arrêt du 4 mai 1998, le Conseil d'Etat ajoute que « L'article 6 CEDH n'énonce aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi ».

<sup>48</sup> CE, 3 déc. 1999, *D.* 2000, *cahiers aff.*, p. 62, obs. M. Boizard ; *Petites affiches*, 8 décembre 1999, p. 9 ; *JCP. éd. G.*, 2000, II, 10267, note F. Sudre.

<sup>49</sup> Par un autre arrêt du même jour (Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboeuf, *JCP. éd. G.*, 2000, II, 10267, note F. Sudre), le Conseil d'Etat a décidé à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) que « la décision attaquée n'émane pas d'un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention EDH ; qu'ainsi les requérants ne sont pas fondés à invoquer la méconnaissance de ces stipulations ; que la participation du rapporteur au débat et au vote qui ont conduit à l'adoption de la délibération attaquée n'a constitué une méconnaissance ni du principe d'impartialité ni de celui des droits de la défense ».

<sup>50</sup> La motivation est très prudente : « quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'art. 69 de la loi du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'art. 6 (1) précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; cependant – et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne – le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision ».

sans que le principe d'impartialité ne soit transgressé<sup>51</sup>. Pour le Conseil d'Etat, devant le Conseil des marchés financiers, la présence du rapporteur au délibéré ne constitue pas, en elle-même, une violation des règles garantissant l'impartialité. Dans l'avenir, concernant d'autres AAI que le conseil des marchés financiers, la haute juridiction administrative fera une analyse au cas par cas au vu de l'étendue des pouvoirs conférés au rapporteur<sup>52</sup>.

Il existe donc encore une divergence de jurisprudence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat<sup>53</sup>. Cette situation, en elle-même, est gênante car elle aboutit à une divergence de solutions selon qu'une AAI relève du contrôle de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat<sup>54</sup>. Cette divergence présente des inconvénients à propos de l'ART. Ainsi dans le cadre de la procédure de l'article L. 36-8, l'article 6 CEDH s'applique en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans le cadre de l'article L. 36-11, ce même article risque de ne pas s'appliquer en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il est vrai que l'ART en modifiant son règlement intérieur s'est alignée sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui est plus exigeante que celle du Conseil d'Etat. L'article 22 du règlement intérieur relatif à la procédure suivie dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT précise que « Le collègue délibère hors la présence du rapporteur, de son adjoint, du chef du service juridique, de son adjoint... ». En l'état, les pratiques procédurales de l'ART ne risquent pas d'être mises en cause pour violation de l'article 6 CEDH aussi bien devant la Cour de cassation que devant le Conseil d'Etat. Il n'en reste pas moins que si la procédure suivie dans le cadre de l'article L. 36-11 CPT était contestée devant le Conseil d'Etat, il n'est pas certain que les mêmes exigences soient imposées à l'ART que si la Cour de cassation était saisie. Pour reprendre les critères utilisés par le Conseil d'Etat dans sa décision du 3 décembre 1999, il apparaît que le rapporteur de l'ART est démuné de pouvoirs de poursuite et ne dispose que de pouvoirs non contraignants d'investigation. La divergence est d'autant plus gênante que sur le fondement de l'article L. 36-11 CPT, l'ART statue en matière disciplinaire et peut prononcer des

<sup>51</sup> « le rapporteur, qui n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; il n'a pas les pouvoirs de classer l'affaire ou au contraire d'élargir le cadre de la saisine ; les pouvoirs d'investigation dont il est investi pour vérifier la pertinence des griefs et des observations de la personne poursuivie ne [l'habilite] pas à faire des perquisitions, des saisies ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction ».

<sup>52</sup> V., le communiqué du Conseil d'Etat, *Petites affiches*, 14 décembre 1999, p. 4.

<sup>53</sup> V. M.A. Frison-Roche, *Le Monde*, 18 janvier 2000 ; Cl. Ducouloux-Favard, « Où en est-on avec le contradictoire et l'impartialité dans les procès boursiers ? », *Petites affiches*, 3 janvier 2000, p. 12. Adde, J.F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », *AJDA*, 1999, p. 847.

<sup>54</sup> M. Sudre (note sous CE, 3 décembre 1999, *op. cit.*) stigmatise cette divergence en écrivant : « Qu'en est-il, dans ce bric-à-brac jurisprudentiel, de la sécurité juridique de l'administré ? ».

sanctions quasi-pénales. C'est dans le cadre de l'exercice de ces pouvoirs que les exigences en terme de garanties procédurales devraient être les plus strictes. Or ce n'est visiblement pas le cas.

Jean-Baptiste Racine

Maître de conférences à la faculté de droit de Nice Sophia Antipolis

Centre de recherches en droit économique (CREDECO)

## LE RECOURS DES DÉCISIONS DE L' AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS DEVANT LA COUR D' APPEL DE PARIS

René POESY

Docteur en Droit privé - Université de Nice-Sophia Antipolis  
Membre du C.R.E.D.E.C.O. - U.M.R. 6043 C.N.R.S. / I.N.R.A.

Décidément, la Cour d' appel de Paris est la juridiction de recours par excellence des décisions des organes de régulation des secteurs d'activités économiques et financières. Ainsi, après avoir reçu compétence pour connaître des décisions de la Commission des opérations de bourse (C.O.B.)<sup>1</sup>, du Conseil de la concurrence<sup>2</sup> et du Conseil des marchés financiers<sup>3</sup>, la Cour d' appel de Paris connaît-elle des décisions de l' autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) rendues dans le cadre des dispositions de l' article L. 36-8 I. et II. du Code des postes et télécommunications (C.P.T.)<sup>4</sup>. Comme pour les autres organes évoqués, la nature de ce recours suscite des interrogations. L' A.R.T. étant une autorité administrative indépendante, on ne peut *a priori* parler d' appel puisque le premier degré de juridiction fait défaut<sup>5</sup>. Toutefois, à la lecture des dispositions du C.P.T. on ne saurait être aussi catégorique puisque la Cour d' appel de Paris connaît des seules décisions de l' A.R.T. prises sur le fondement de l' article L. 36-8 I. et II. Du C.P.T., c' est-à-dire, comme l' a reconnu le Conseil constitutionnel<sup>6</sup>, principalement dans le cadre du règlement d' un litige contractuel de droit privé entre opérateurs. Dans cette hypothèse, la mission de l' A.R.T. s' apparente alors à celle d' un juge, mission d' ailleurs reconnue par la Cour d' appel de Paris elle-même<sup>7</sup>. De plus, cette dernière - dans le cadre de ce recours spécifique - disposant des pouvoirs d' annulation et de réformation des décisions de l' A.R.T., la parenté

<sup>1</sup> Article 12 de l' ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967.

<sup>2</sup> Articles 12 et 15 de l' ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

<sup>3</sup> Cf. la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, J.O. du 4 juillet 1996.

<sup>4</sup> Cf. la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 modifiant le C.P.T. et instaurant l' A.R.T., cf. également le décret n° 97-264 du 19 mars 1997 relatif à la procédure suivie devant l' A.R.T. et la Cour d' appel de Paris en cas de différend mentionné à l' article L. 36-8 du C.P.T.

<sup>5</sup> Sur ce point, cf. par ex. : F. LE FICHANT : "Compétence exclusive de la Cour d' appel de Paris" JCl. Proc. Civile 1997 Fasc. 395 n° 25 et s.

<sup>6</sup> Le Conseil constitutionnel, dans sa décision en date du 23 juillet 1996 (décision n° 96-378 D.C., J.O. du 27 juillet 1996 p. 11400) a précisé que "dans le silence de la loi, le contentieux de l' A.R.T. relève d' une manière générale du juge administratif, ce n' est que dans le cas particulier où elle intervient pour trancher des litiges contractuels privés que la loi prévoit une exception".

<sup>7</sup> Cf. C. Paris 28 avril 1998, S.A. France Télécom / SLEC D. Aff. 1998 p. 992 où la Cour reconnaît le pouvoir juridictionnel de l' A.R.T. : "les restrictions apportées, ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d' ordre public économique, a confié à l' autorité de régulation, dans l' exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d' imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l' exécution d' une convention d' inter-connexion ou d' accès à un réseau de télécommunications" (souligné par nous).

avec l' appel de droit commun de l' article 542 du Nouveau Code de procédure civile (N.C.P.C.) devient évidente, encore que la nuance soit de rigueur<sup>8</sup>.

En fait, quelle que soit la nature de l' A.R.T.<sup>9</sup>, l' intervention de la Cour d' appel de Paris répond au principe du recours juridictionnel<sup>10</sup> dont découlent deux implications. En effet, ce principe induit à la fois le droit au juge (afin que celui-ci connaisse et solutionne un litige) - droit reconnu par le droit interne<sup>11</sup> et certaines conventions internationales<sup>12</sup> - et l' institution de voies de recours adaptées à la nature du droit à protéger<sup>13</sup>. A ce propos, il faut garder à l' esprit que la voie de recours n' est pas forcément l' appel. En effet, si l' appel est fréquemment présenté comme "une garantie de bonne justice et en même temps

---

<sup>8</sup> Ainsi, par exemple, la Cour d' appel dispose-t-elle des pouvoirs d' annulation et de réformation des décisions de la C.O.B. pourtant expressément qualifiée d' A.A.I. par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996.

<sup>9</sup> Si l' on considère que l' A.R.T., dans l' application des dispositions de l' article L. 36-8 I. et II. du C.P.T. n' exerce pas une fonction juridictionnelle, l' intervention de la Cour d' appel de Paris s' assimile à celle d' une juridiction du premier degré ayant à connaître des décisions d' un organe administratif. Si l' on considère, au contraire, que l' A.R.T. exerce bien une fonction juridictionnelle, l' intervention de la Cour d' appel de Paris s' inscrit alors dans le cadre traditionnel de l' appel. C' est cette seconde voie qui semble être à retenir.

<sup>10</sup> Cf. par ex. : T.-S. RENOUX : "Le droit au recours juridictionnel" J.C.P. 1993 I. n° 3675.

<sup>11</sup> En droit français, le droit au juge trouve sa source dans divers principes. Par exemple, c' est à partir de l' article 16 de la Déclaration des droits de l' homme et du citoyen que la doctrine a déduit le principe de la séparation des pouvoirs dont découle l' émergence d' un pouvoir juridictionnel (cf. par ex. : W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE : "Le souci de l' effectivité du droit" D. 1996 chr. p. 301, M. BRANDAC : "L' action en justice, droit fondamental" Mélanges R. PERROT : *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?* Ed. Dalloz 1995 p. 1, T.-S. RENOUX : "L' apport du Conseil constitutionnel à l' application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France" D. 1991 chr. p. 169). On peut également évoquer l' article 66 de la Constitution selon lequel "l' autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle" ainsi que l' article 4 du Code civil interdisant au juge tout déni de justice malgré l' éventualité "du silence, de l' obscurité ou de l' insuffisance de la loi". Le Conseil constitutionnel lui même reconnaît "le droit au recours devant une juridiction" (cf. C.C. 13 août 1993 n° 93-325 D.C. à propos de la loi relative à la maîtrise de l' immigration et aux conditions d' entrée, d' accueil et de séjour des étrangers en France, J.O. du 18 août 1993, C.C. 21 janvier 1994 n° 93-335 D.C. à propos de la loi portant diverses dispositions en matière d' urbanisme et de construction, J.O. du 21 avril 1994, C.C. 9 avril 1996 n° 96-373 D.C. à propos du statut de la Polynésie Française, A.J.D.A. 1996 p. 371).

<sup>12</sup> Le droit d' action fait également l' objet de dispositions explicites dans l' article 2 §2 du Pacte international des droits civils et politiques. La C.J.C.E., quant à elle, reconnaît "le droit au juge" et l' existence "d' un contrôle juridictionnel effectif" comme des principes généraux de droit communautaire découlant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, trouvant leur consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l' homme et des libertés fondamentales (C.E.S.D.H.L.F. cf. par ex. : C.J.C.E. 15 mai 1986, *Johnston* Recueil p. 1651, C.J.C.E. 15 octobre 1987, *Heylens* Recueil p. 4097). Enfin, on indiquera que l' article 6 §1 de la C.E.S.D.H.L.F. précise que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle". On peut considérer que les dispositions de l' article L. 36-8 I. et II. du C.P.T. recouvrent des droits et obligations de caractère civil, au sens de l' article 6 §1 de la C.E.S.D.H.L.F., cf. *infra*.

<sup>13</sup> Cf. sur ce point : T.-S. RENOUX : "Le droit au recours juridictionnel" *loc. cit.*

une sauvegarde des libertés publiques"<sup>14</sup>, le principe du double degré de juridiction n' a qu' "une valeur para-constitutionnelle"<sup>15</sup> et n' est inhérent ni à la Convention européenne des droits de l'homme, ni même au procès équitable<sup>16</sup>.

Toutefois, l' appel est profondément ancré dans notre tradition juridique. Il est vrai que la crédibilité de la Justice<sup>17</sup> repose sur "cette vision binaire du procès"<sup>18</sup> que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont élevé au rang de principe général de procédure<sup>19</sup>. Pour toutes ces raisons, l' intervention d' une juridiction de recours, dans le cadre du contentieux des décisions de l' A.R.T. semble être naturelle. Le choix d' une juridiction de droit privé s' imposait alors afin que la Cour de cassation puisse assurer l' unification des différents contentieux contractuels de droit privé touchant au droit des télécommunications (I.). Restait alors au législateur à délimiter les pouvoirs attribués à la Cour d' appel de Paris et à en organiser la mise en œuvre (II.).

## I. L' INTERVENTION DE LA COUR D' APPEL DE PARIS

Le choix de la compétence de la Cour d' appel de Paris est essentiellement dicté par le souci de permettre à la Cour de cassation de veiller à l' harmonie des solutions relatives au contentieux de droit privé (des (A.)). Cette volonté a alors conduit le législateur à préciser cette compétence spéciale (B.).

### A. LE CHOIX DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR D' APPEL DE PARIS

La nature administrative de l' A.R.T. conduit logiquement le Conseil d' État à connaître du contentieux des recours formés contre ses décisions<sup>20</sup>. Tel est le cas

<sup>14</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD : *Procédure civile* Précis Dalloz 25<sup>ème</sup> Ed.1999 n° 1343.

<sup>15</sup> N. MOLFESSIS : "La protection constitutionnelle" *Revue Justices* 1996/4 : "Le double degré de juridiction" p. 17. Le Conseil constitutionnel veille toutefois à ce que le refus d'ouvrir la voie d' appel ne se double pas d' une rupture d' égalité entre des justiciables placés dans une même situation.

<sup>16</sup> La Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) veille également à ce que la mise en œuvre de l' appel ne fasse pas l'objet de discriminations, cf. par ex. : C.E.D.H. 8 janvier 1993 A.J.D.A. 1994 p. 25 note J.-F. FLAUSS.

<sup>17</sup> Encore que la justice ait pu être qualifiée d' obligation impossible, cf. "La justice : l' obligation impossible" Collection autrement, Série Morales n° 16 octobre 1994.

<sup>18</sup> S. GUINCHARD : "Rapport de synthèse" in "XX<sup>ème</sup> anniversaire de la Cour d' appel de Versailles: le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain" G.P. 6-10 septembre 1996 p. 26.

<sup>19</sup> Cf. par ex. : C.E. 7 avril 1865, *De Mardre* Recueil p. 410, C.E. 8 juin 1951, *Dreyfus-Schmid* D. 1951 jur. p. 529 note F. M. et C.E. 4 janvier 1957, *Lambarot* Recueil p. 12. La Cour de cassation, quant à elle, estime que "l' appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi", cf. par ex. : Cass. civ. 14 mars 1911 S.1911-1-185, Cass. civ. 12 février 1923 D.P. 1924-1-19.

<sup>20</sup> Le Conseil constitutionnel, dans sa décision en date du 23 juillet 1996 (décision n° 96-378 D.C. J.O. du 27 juillet 1996 p. 11400), a d' ailleurs précisé que "dans le silence de la loi, le contentieux

de ses règlements (article L. 36-6 du C.P.T.), des autorisations d'exploitation des réseaux indépendants, des attestations de conformité pour les équipements terminaux, de l'établissement et de la gestion du plan de numérotation et de l'attribution des fréquences (article L. 36-7 du C.P.T.), de la liste des opérateurs exerçant une influence sur le marché, des sanctions pécuniaires ainsi que du pouvoir d'injonction confié à l'A.R.T. (article L. 36-11 C.P.T.).

Toutefois, la compétence du Conseil d'État n'est pas absolue. L'article L. 36-8 du C.P.T. indique que relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris les décisions de l'A.R.T. relatives aux contentieux de l'interconnexion, des conventions relatives aux réseaux câblés et du partage des infrastructures. On remarquera que sont en cause des rapports de droit privé entre opérateurs, élément justifiant la compétence du juge judiciaire<sup>21</sup>. Le Conseil constitutionnel<sup>22</sup> a d'ailleurs légitimé la compétence de la Cour d'appel de Paris pour cette raison.

En effet, ce dernier, en utilisant le critère matériel, a indiqué d'une part que les litiges intervenant dans le cadre de l'article L. 36-8 du C.P.T. relèvent du droit de la concurrence ou constituent des différends de nature commerciale ou technique survenus dans le cadre de conventions de droit privé et, d'autre part, qu'à défaut de saisir l'A.R.T., les parties saisiront le Conseil de la concurrence ou le juge du contrat<sup>23</sup>. Ainsi, l'adoption de la compétence de la Cour d'appel de Paris permet-elle une unification de ce contentieux sous le contrôle de la Cour de cassation<sup>24</sup>, argument traditionnellement mis en avant dans le contentieux économique et financier<sup>25</sup>. Ce motif d'unification correspond bien à un aménagement précis et limité des règles de compétence, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice<sup>26</sup>.

---

de l'A.R.T. relève de manière générale du juge administratif, ce n'est que dans le cas particulier où elle intervient pour trancher des litiges contractuels privés que la loi prévoit une exception".

<sup>21</sup> Cf. sur ce point par ex. : G. CANIVET in "Entretiens de l'A.R.T. - Droit des télécommunications : bilan et perspectives. Paris 23 mars 1999" L.P.A. du 10 septembre 1999 p. 11 : "la Cour d'appel de Paris est également juridiction de recours de certaines décisions de l'A.R.T. Il faut insister sur le terme de "certaines", car parmi les multiples pouvoirs de l'A.R.T., le seul soumis à contrôle de la juridiction de l'ordre judiciaire est celui de régler des différends".

<sup>22</sup> Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications *loc. cit.*

<sup>23</sup> Cf. Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 *loc. cit.* : "la compétence de l'A.R.T. n'est pas exclusive, les tribunaux judiciaires et le Conseil de la concurrence peuvent connaître des mêmes conventions".

<sup>24</sup> Cf. l'article L. 36-8 IV alinéa 2 du C.P.T., la Cour de cassation connaissant déjà le contentieux du contrat et des décisions du Conseil de la concurrence.

<sup>25</sup> C.O.B., Conseil de la concurrence...

<sup>26</sup> Cf. également Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 à propos du transfert du recours des décisions du Conseil de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris.

On indiquera également que la compétence de la Cour d' appel de Paris pour connaître des recours formés contre les décisions de ces différentes instances de régulation est justifiée par deux autres types de raisons :

- en premier lieu, étant dans une phase de désengagement de l' État<sup>27</sup>, il serait normal que la compétence des juridictions administratives soit écartée en cas de recours formés contre les décisions de ces instances de régulation ;

- en second lieu, la juridiction judiciaire conserve toujours l' image de la gardienne des libertés individuelles et des droits de la défense<sup>28</sup>. Certes, cette impression est à nuancer mais la symbolique est réelle<sup>29</sup>. Reste alors à apprécier le cadre d'intervention de la Cour d'appel de Paris.

## **B. LE RÔLE DÉVOLU À LA COUR D' APPEL DE PARIS**

L' intervention de la Cour d' appel de Paris repose sur une certaine originalité. En effet, si celle-ci dispose de ses pouvoirs traditionnels d'annulation et de réformation (**b.**), sa compétence n' en demeure pas moins limitée (**a.**).

### **a. Une compétence de recours limitée**

Bien que le Conseil constitutionnel ait légitimé la compétence de la Cour d' appel de Paris pour connaître des décisions de l' A.R.T. prises sur le fondement de l' article L. 36-8 I et II du C.P.T.<sup>30</sup>, cette compétence est restreinte. En effet, et contrairement au contentieux des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence<sup>31</sup>, la Cour d' appel de Paris ne peut pas s' arroger les pouvoirs d' injonction<sup>32</sup> et de sanction pécuniaire<sup>33</sup> mis à la disposition de l' A.R.T., puisque l' article L. 36-11-4° du C.P.T. précise que c' est le Conseil d' Etat qui connaît de ce type de recours. Plus précisément, l' article L. 36-11-2° du C.P.T. indique que lorsqu' un exploitant de réseau ou un fournisseur de services ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l' article L. 36-8, l' A.R.T. peut prononcer diverses sanctions<sup>34</sup>, lesquelles, en cas de recours, seront de la compétence non pas de la Cour d' appel de Paris, mais du

---

<sup>27</sup> En l' espèce d' ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications.

<sup>28</sup> Cf. par ex. : X. PRETOT : "L' autorité judiciaire est-elle encore la gardienne de la liberté individuelle?" R.D.P. 1997 p. 667.

<sup>29</sup> Cf. sur ces différentes raisons par ex. : F. LE FICHANT *op. cit.* n° 6-7.

<sup>30</sup> En raison des rapports de droit privé que cet article recouvre.

<sup>31</sup> Mesures conservatoires, sanctions pécuniaires et injonctions, cf. les articles 12, 13 et 15 de l' ordonnance du 1 décembre 1986.

<sup>32</sup> Cf. l' article L. 36-11-1° du C.P.T.

<sup>33</sup> Cf. l' article L. 36-11-2° b. du C.P.T.

<sup>34</sup> Cf. l' article L. 36-11-2° a. et b. L' A.R.T. peut, en ce cas, prononcer la suspension totale ou partielle, pour un mois au plus, la réduction de la durée, dans la limite d' une année, ou le retrait de l' autorisation. L' A.R.T. peut également prononcer une sanction pécuniaire.

Conseil d'Etat<sup>35</sup>. On peut *a priori* être étonné dans la mesure où l'article L. 36-8 I et II concerne des litiges relatifs aux rapports de droit privé, lesquels relèvent naturellement de la compétence du juge judiciaire<sup>36</sup>. Il peut être mis en avant que le rôle de l'A.R.T. change de nature selon qu'elle intervienne pour la première ou la seconde fois. Dans la première hypothèse, elle connaît d'un litige de droit privé entre opérateurs, lequel pourrait également être porté devant le Conseil de la concurrence et/ou le juge du contrat.<sup>37</sup> Son action peut être rapprochée de la fonction juridictionnelle traditionnelle : dire le droit et trancher des litiges<sup>38</sup>. En revanche, dans la seconde hypothèse sa première décision n'a pas été respectée<sup>39</sup>. On peut considérer qu'il ne s'agit plus du règlement d'un rapport de droit privé, mais de la sanction de la méconnaissance d'une décision d'une autorité administrative indépendante (A.A.I.).

Ceci dit, dans le cadre de cette compétence limitée, la Cour d'appel de Paris bénéficie de ses pouvoirs traditionnels d'annulation et de réformation.

### **b. Des pouvoirs traditionnels**

L'article L. 36-8 III. du C.P.T. indique que les décisions prises par l'A.R.T. en application des I. et II. peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris<sup>40</sup>.

En ce qui concerne le pouvoir d'annulation des décisions de l'A.R.T., la Cour procède à un contrôle de la légalité externe en vérifiant que celle-ci n'a pas excédé la compétence qui lui est conférée par la loi du 26 juillet 1996, tant en ce qui concerne son champ d'application<sup>41</sup>, que les pouvoirs qu'elle lui donne<sup>42</sup>. En

<sup>35</sup> Cf. l'article L. 36-11-4° du C.P.T. : "(les décisions) peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'une demande de sursis à exécution devant le Conseil d'Etat. Lorsqu'elles concernent des sanctions pécuniaires, les demandes de sursis à exécution sont suspensives".

<sup>36</sup> Cf. la position du Conseil constitutionnel sur ce point.

<sup>37</sup> Dans les deux cas, la Cour de cassation pourra en connaître.

<sup>38</sup> Cf. par ex. : D. D'AMBRA : *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges* L.G.D.J. 1994 Bibliothèque de droit privé, Tome 236.

<sup>39</sup> Cf. également l'hypothèse de la mise en demeure non respectée de l'A.R.T., prise en application de l'article L. 36-11-1° du C.P.T.

<sup>40</sup> On retrouve la même terminologie dans l'article 542 du N.C.P.C. définissant l'appel : "l'appel tend à faire réformer ou annuler par la Cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré".

<sup>41</sup> Cf. par ex. : C. Paris 15 décembre 1998, *Société Copper Communication / France Télécom* Revue Lamy droit des affaires 1995 n° 15 p. 29.

<sup>42</sup> Cf. par ex. : C. Paris 28 avril 1998 *loc. cit.* où la Cour a admis que l'A.R.T. pouvait émettre des prescriptions, prononcer des injonctions de manière à rendre effective la réalisation des travaux pour assurer la liberté d'accès aux services de télécommunications et imposer aux parties des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'inter-connexion ou d'accès à un réseau de télécommunications.

outre, la cour d' appel de Paris vérifie que l' A.R.T. s' est prononcée dans le délai qui lui était imparti<sup>43</sup>, a appliqué les règles de procédure attachées à ses décisions, c'est-à-dire qu' elle a respecté les droits de la défense<sup>44</sup>, qu' elle a motivé ses décisions<sup>45</sup> et qu' elle a appliqué les règles du procès équitable<sup>46</sup> édictées par l' article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l' homme<sup>47</sup>. On ne saurait trop insister sur l' importance de ces dispositions. Le premier Président CANIVET n' a-t-il d' ailleurs pas affirmé que "l' article 6 de la Convention européenne des droits de l' homme a vocation à devenir un droit commun procédural universel à partir duquel les Etats vont reconstruire leurs systèmes"<sup>48</sup> ?

Cependant, et quand bien même cet article – spécialement dans le contentieux économique – a été à l' origine d' avancées considérables en matière de droits de

---

<sup>43</sup> Cf. l' article R. 11 du C.P.T. qui fixe ce délai à trois mois à compter de la saisine, avec possibilité de prolongation jusqu' à six mois lorsqu' il y a lieu de procéder à des investigations ou à des expertises. A son expiration, sans autre prorogation possible, même conventionnelle, l' A.R.T. perd son pouvoir.

<sup>44</sup> Cf. notamment S. GUINCHARD : "Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel" *in* Mélanges en l' honneur de G. FARJAT : *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?* Ed. Frison-Roche 1999 spéc. p. 144 : "toutes les procédures dont l' issue est déterminante pour un droit civil sont donc soumises à l' exigence d'un procès équitable, quelle que soit la nature de la loi selon laquelle la contestation doit être tranchée (civile, commerciale, sociale, administrative) et quelle que soit la nature de l' autorité compétente en la matière, de droit privé ou de droit public". L' auteur (p. 147) évoque la considération de plus en plus forte du caractère personnel et patrimonial de la réclamation dans la détermination du caractère civil de la contestation. Cf. à ce propos plus particulièrement C. Paris 28 avril 1998, *S.A. France Télécom / SLEC*, *loc. cit.* : "le législateur (...) a confié à l' autorité de régulation (...) la mission d' imposer aux parties qui la saisissent des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l' exécution d' une convention d' inter-connexion ou d' accès à un réseau de télécommunications".

<sup>45</sup> Cf. l' article L. 36-8 I. alinéa 2 du C.P.T. : "l' autorité se prononce (...) après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations. Sa décision est motivée".

<sup>46</sup> On peut considérer que les dispositions de l' article L. 36-8 I. et II. du C.P.T. recouvrent des droits et obligations de caractère civil au sens de l' article 6 de la Convention européenne des droits de l' homme. Sur le principe du contradictoire, cf. plus précisément l' article R. 11-1 du C.P.T. et le règlement intérieur de l' A.R.T. (décision n° 97-57 du 26 mars 1997). Sur l' ensemble de la question, cf. G. CANIVET *op. et loc. cit.*

<sup>47</sup> Cf. sur ce point notamment J.-F. RENUCCI : *Droit européen des droits de l'homme* L.G.D.J. 1999 et G. COHEN-JONATHAN : "Convention européenne des droits de l'homme - Droits garantis - Droit au respect de la vie privée et familiale - Droit à un procès équitable" JCl. Europe 1992 Fasc. 6521 n° 130. L' auteur indique que la jurisprudence communautaire a établi une liste précise de garanties générales découlant implicitement ou explicitement de l' article 6 de la C.E.S.D.H.L.F., à savoir le droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, le principe de la légalité des délits et des peines, la durée raisonnable de la procédure, la publicité dans la pratique juridictionnelle, le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, la présomption d'innocence, le droit d' être informé de la nature et de la cause de l'accusation, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense, le droit de se défendre de manière adéquate, ainsi que le droit de convoquer et d' interroger les témoins à charge et à décharge.

<sup>48</sup> G. CANIVET : "La justice des années 2000 devra s' adapter aux attentes de la société" *entretien avec Monsieur G. CANIVET, premier Président de la Cour de cassation* J.C.P. 2000 I. n° 192.

la défense<sup>49</sup>, il faut se garder de tout optimisme béat. La Cour de cassation rappelle en effet régulièrement que "comme l' a jugé la Cour européenne des droits de l' homme, des impératifs de souplesse et d' efficacité peuvent justifier l' intervention préalable dans la procédure d' une autorité administrative qui ne satisfait pas, sur tous les aspects, aux prescriptions de forme du paragraphe 1 de l' article 6 de la Convention, dès lors que les décisions prises par celui-ci subissent, *a posteriori*, le contrôle effectif d' un organe judiciaire offrant toutes les garanties d' un tribunal au sens du texte susvisé"<sup>50</sup>. La compétence de recours de la Cour d' appel gomme donc nombre d' imperfections procédurales de l' organe "contrôlé", du moins celles ne remettant pas en cause les principes d' impartialité et d' égalité des armes.

La Cour d' appel de Paris procède également à un contrôle de la légalité interne en vérifiant que l' A.R.T. n' a pas commis d' erreur de droit dans l' application de l' article L. 36-8 I. et II. du C.P.T. en ce qu' elle doit préciser "les conditions équitables, d' ordre technique et financier, dans lesquelles l' interconnexion ou l' accès spécial doivent être assurés"<sup>51</sup>. On est proche alors du contrôle de fait qui est du domaine du recours en réformation.

Justement, en ce qui concerne le pouvoir de réformation des décisions de l' A.R.T., la Cour d' appel de Paris substitue sa décision à celle de l' A.R.T., mais sans pouvoir prononcer d' injonction (mise en demeure) ou de sanction puisque ces "outils" sont prévus non pas à l' article L. 36-8, mais à l' article L. 36-11 du C.P.T. Or, les décisions prises sur le fondement de cet article sont portées, au cas de recours, non pas devant la Cour d' appel de Paris mais devant le Conseil d' État. Cette "répartition" des recours n' est pas banale. Ainsi, dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles par exemple, la Cour d' appel de Paris bénéficie-t-elle de la palette des moyens procéduraux du Conseil de la concurrence et peut donc prononcer des injonctions et des sanctions pécuniaires.

<sup>49</sup> L' exemple le plus marquant concerne la présence du rapporteur de la C.O.B. et du Conseil de la concurrence à leur délibéré que la Cour de cassation a jugé comme étant de nature à remettre en cause les principes d' impartialité et d' égalité des armes. Cf. Cass. A.P. 5 février 1999 J.C.P. 1999 II. n° 10060 note H. MATSOPOULOU (cf. à propos du Conseil de la concurrence Cass. Com. 5 octobre 1999, *Marchés des grands travaux dans le secteur du génie civil* L.P.A. du 15 octobre 1999 obs. C. DUCOULOUX-FAVARD).

<sup>50</sup> Cass. com. 5 octobre 1999 *op. et loc. cit.*, à propos du caractère non public des séances du Conseil de la concurrence.

<sup>51</sup> Comme l' indique Monsieur le Premier Président Guy CANIVET (*op. et loc. cit.*), la mise en œuvre de ce contrôle est très difficile puisqu' il est demandé à un juge, qui n' est ni un économiste, ni un financier, ni en un spécialiste des télécommunications, de décider, à partir de facteurs techniques et comptables complexes, des coûts équitables d' interconnexion ou d' accès au réseau.

Afin de pouvoir apprécier cette organisation des recours, une lecture attentive de l' article L. 36-11 du C.P.T s' impose donc. L' article L. 36-11-2° nous indique notamment que l' A.R.T. peut sanctionner le non respect d' une de ses précédentes décisions prise en application de l' article L. 36-8 du C.P.T. par une sanction pécuniaire (article L. 36-11-2° b) ou, "en fonction de la gravité du manquement", par "la suspension totale ou partielle, pour un mois au plus, la réduction de la durée, dans la limite d' une année, ou le retrait de l' autorisation". Dans un cas comme dans l' autre, l' A.R.T. n' est pas amenée à procéder à un nouvel examen des faits ayant conduit à sa première décision, mais à se prononcer sur l' exécution de celle-ci. Comme nous l' avons déjà indiqué, il ne s' agit plus du règlement d' un rapport contractuel de droit privé (article L. 36-8 du C.P.T.) mais de l' éventuelle méconnaissance d' une décision d' une A.A.I. La compétence de recours du Conseil d' Etat n' est alors, en soi, pas choquante, même, si nous l' avons dit, il s' agit d' une originalité dans le contentieux économique.

En revanche, l' organisation des recours formés contre les décisions de l' A.R.T. prises en application de l' article L. 36-11-1° du C.P.T. prête plus le flanc à la critique. Cet article précise que l' A.R.T. peut "mettre en demeure" (injonction) un exploitant de réseau ou un fournisseur de services de se "conformer dans un délai déterminé" à "une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité ou aux prescriptions du titre en vertu duquel il exerce" (le non respect de cette "mise en demeure" pouvant donner lieu aux sanctions mentionnées à l' article L. 36-11-2° a et b). La formulation large ainsi employée par le législateur permet d' envisager d' englober dans les "dispositions législatives ou réglementaires" notamment les prescriptions de l' article L. 36-8 II-2° du C.P.T. relatives aux "possibilités et conditions d' une utilisation partagée entre opérateurs prévue à l' article L. 47 du C.P.T., d' installations existantes situées sur le domaine public et, prévue à l' article L. 48 du C.P.T., d' installations existantes situées sur une propriété privée".

S' il est heureux que l' A.R.T. puisse, par la combinaison des articles L. 36-8 II. et L. 36-11-1° et 2° du C.P.T., sanctionner efficacement le non respect des prescriptions du C.P.T., les conséquences en matière de recours sont difficilement maîtrisables.

L' "architecture" ainsi créée nous semble en effet discutable car elle entraîne une séparation, au cas de recours, du contentieux du "fond" (article L. 36-8 II., 2°, donc recours devant la Cour d' appel de Paris) de celui des sanctions (article L. 36-11, donc recours devant la Conseil d' Etat). De plus, comment apprécier la légalité et l' opportunité de sanctions si l' on ne peut, en même temps, apprécier les faits conduisant à leur éventuel prononcé ?

Inévitablement, le Conseil d'État sera amené à les apprécier et ce d'autant plus qu'il n'est en rien lié par l'arrêt d'une Cour d'appel - qui plus est de l'ordre judiciaire ! - à supposer que celle-ci soit saisie d'un recours en annulation ou en réformation... Il n'est alors pas illusoire d'imaginer que la Cour d'appel de Paris, réformant la décision de l'A.R.T., estime que les agents économiques aient respecté les dispositions de l'article L. 36-8 du C.P.T., alors que le Conseil d'État confirme les injonctions et sanctions pécuniaires prononcées par l'A.R.T. ! On pourrait alors envisager, dans cette hypothèse très particulière, que la Cour d'appel de Paris puisse également connaître des injonctions et sanctions pécuniaires prononcées par l'A.R.T. Cette "centralisation" nous semble souhaitable et ce d'autant plus que la Cour d'appel pourrait être éclairée par l'A.R.T. puisque celle-ci peut défendre sa solution<sup>52</sup>, ce qui nous conduit à aborder l'organisation des recours portés devant la Cour d'appel de Paris.

## **II. L' ORGANISATION DES RECOURS PORTÉS DEVANT LA COUR D' APPEL DE PARIS**

Aborder l'organisation des recours revient en fait à se pencher sur leur mise en œuvre (A.) leurs effets (B.).

### **A. LA MISE EN ŒUVRE DU RECOURS**

La Cour d'appel de Paris ne peut, dans le cadre de sa compétence spéciale, connaître que de certaines décisions de l'A.R.T. (a.), qui ne peuvent être portées à sa connaissance que par certaines personnes (b.) à condition de respecter certains délais (c.).

#### **a. Les décisions susceptibles de recours**

La Cour d'appel de Paris connaît des décisions de l'A.R.T. prises sur le fondement de l'article L. 36-8 I. et II. du C.P.T., c'est-à-dire :

- les litiges relatifs au refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications<sup>53</sup> ;

<sup>52</sup> Cf. l'article R. 11-5 du C.P.T.

<sup>53</sup> La directive de la Commission européenne 90/388/CE du 28 juin 1990 sur la libération totale des télécommunications définit les services des télécommunications comme des services dont la fourniture consiste, en tout ou en partie, en la transmission et/ou l'acheminement de signaux par des réseaux de télécommunications, ces services s'entendant des systèmes de transmission et, le cas échéant, de l'équipement de commutation et des autres ressources qui permettent le transport de signaux entre des points de terminaison définis, par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

- les différends portant sur les conditions de la mise en conformité des conventions comportant des clauses excluant ou restreignant la fourniture de services de télécommunications sur les réseaux mentionnés au premier alinéa de l' article L. 34-4 du C.P.T. ;

- les litiges relatifs aux possibilités et conditions d'une utilisation partagée entre opérateurs d' installations existantes situées sur le domaine public ou sur une propriété privée.

- les décisions ordonnant des mesures conservatoires, lesquelles peuvent être prononcées afin d' assurer la continuité du fonctionnement des réseaux en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications en vue d'assurer le continuité du fonctionnement des réseaux. La rédaction de l' article ne semble permettre un recours que dans l' hypothèse où une mesure conservatoire est ordonnée ;

L' article R. 11-3 du C.P.T. indique que le recours est formé par déclaration écrite déposée en quadruple exemplaire au greffe de la Cour d' appel de Paris contre récépissé. On notera que le décret du 19 mars 1997<sup>54</sup> ne distingue pas selon que la saisine de la Cour d' appel de Paris concerne une décision "au fond" ou est relative aux mesures conservatoires. On sait, par exemple, qu' en ce qui concerne le contentieux des recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence, le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 opère la distinction. Ainsi, à propos des décisions "au fond", le requérant doit-il déposer une déclaration écrite en triple exemplaire au greffe de la Cour contre récépissé, tandis que pour une décision prise en matière de mesures conservatoires, le recours est porté devant la Cour par voie d' assignation à une audience préalablement indiquée par le premier Président par ordonnance sur requête présentée par le requérant.

L' article R. 11-3 du C.P.T. indique également qu' à peine d' irrecevabilité prononcée d' office, la déclaration précise l' objet du recours et contient un exposé sommaire des moyens. L' exposé complet quant à lui doit, sous peine de la même sanction, être déposé au greffe dans le mois qui suit le dépôt de la déclaration. Outre les décisions pouvant faire l' objet d' un recours, le législateur a également déterminé les parties à l' instance.

#### **b. La détermination des parties à l'instance**

---

<sup>54</sup> Décret n° 97-264 du 19 mars 1997 relatif à la procédure suivie devant l' A.R.T. et la Cour d' appel de Paris en cas de différend mentionné à l' article L. 36-8 du C.P.T., J.O. du 21 mars 1997 p. 4444.

Le C.P.T. n'indique pas avec précision qui peut faire un recours. Tout juste l'article R. 11-5 indique-t-il que la Cour d'appel de Paris statue après que les parties et l'A.R.T. aient été mises à même de présenter leurs observations. Les "parties" visées sont en fait celles mentionnées à l'article L. 36-8 I. alinéa 2 du C.P.T., c'est-à-dire les parties à la négociation ou à l'exécution du contrat d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications.

On notera que contrairement au contentieux du recours des décisions du Conseil de la concurrence, par exemple, le Ministre en charge des P. et T. ne peut pas saisir la Cour d'appel de Paris<sup>55</sup>. Une explication peut être avancée dans le fait que l'article L. 36-8 I. et II. du C.P.T. concerne des litiges entre opérateurs privés, tandis que devant le Conseil de la concurrence, c'est l'ordre public économique qui est au coeur du débat. Toutefois, selon l'importance de la convention en cause, le litige peut avoir une "résonance" importante dépassant le simple cadre d'intérêts particuliers. Une réserve peut également être émise à propos des mesures conservatoires. On peut s'étonner que le Ministre en charge des P. et T. ne puisse pas saisir l'A.R.T., ni former un recours devant la Cour d'appel de Paris alors que ces mesures sont prononcées "en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des télécommunications (...) en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux"<sup>56</sup>. C'est pourtant bien un intérêt collectif qui est en cause. Certes, dans tous les cas de recours, l'A.R.T. peut présenter ses observations devant la Cour d'appel de Paris<sup>57</sup> et défendre sa position ainsi qu'indiquer ce qu'est, selon elle, "l'intérêt public" mais une possibilité d'intervention du Ministre en charge des P. et T. serait souhaitable.

En outre, et bien que le C.P.T. soit également silencieux sur ces points, il semble qu'en application des dispositions du N.C.P.C. le recours incident, l'intervention volontaire par jonction d'instance, l'intervention volontaire à titre accessoire et la mise en cause d'office soient possibles<sup>58</sup>, voire souhaitables afin que la décision de la Cour soit opposable à toutes les parties au contrat en cause, même celles qui n'ont pas saisies l'A.R.T. ou contestées sa décision, encore faut-il que ces recours soient formés dans les délais requis.

---

<sup>55</sup> Dans le cadre du contentieux de l'article L. 36-8 I. et II., le Ministre ne peut pas non plus saisir l'A.R.T.

<sup>56</sup> Cf. l'article L. 36-8 I. alinéa 3 du C.P.T.

<sup>57</sup> Cf. l'article R. 11-5 du C.P.T.

<sup>58</sup> L'article R. 11-2 du C.P.T. indique que les recours devant la Cour d'appel de Paris sont formés, instruits et jugés par dérogation aux dispositions du titre VI. du livre II. du N.C.P.C. Toutefois, comme dans le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, on peut estimer que les dispositions du N.C.P.C. sont applicables subsidiairement.

### **c. Les délais pour agir**

L' article L. 36-8 III. du C.P.T. précise que le recours en annulation ou en réformation des décisions "au fond" de l' A.R.T. est formé dans le délai d' un mois à compter de leur notification, laquelle est réalisée par l' A.R.T. elle-même<sup>59</sup>. La procédure suivie devant la Cour d' appel de Paris est précisée par les articles R. 11-4 à 9 du C.P.T. Sans entrer dans les détails, on indiquera qu' il s' agit d' une procédure sans représentation obligatoire<sup>60</sup> et dans laquelle le premier Président fixe les délais dans lesquels les parties et l' A.R.T. doivent se communiquer leurs observations écrites ainsi que la date des débats.

Les mesures conservatoires peuvent également faire l' objet d' un même recours dans le délai de dix jours à compter de leur notification, le recours quant à lui doit être jugé dans le délai d' un mois<sup>61</sup>, le premier Président fixant dès l' enregistrement du recours le jour auquel l' affaire sera appelée par priorité. Enfin, l' article L. 36-8 IV. du C.P.T. indique que le pourvoi en cassation formé contre l' arrêt de la Cour d' appel de Paris est exercé dans le délai d' un mois à compter de la notification de l' arrêt, laquelle est réalisée par le greffe de la Cour d' appel de Paris<sup>62</sup>.

En dehors de ses conditions de mise en œuvre, la procédure de recours des décisions de l' A.R.T. devant la Cour d' appel de Paris recouvre certaines particularités quant à ses effets.

## **B. LES EFFETS DU RECOURS DEVANT LA COUR D' APPEL DE PARIS**

Comme pour l' ensemble du contentieux économique<sup>63</sup>, le recours ne suspend pas l' exécution de la décision de l' A.R.T. (**a.**). Toutefois, dans un souci de "sauvegarde" des droits de la défense, une procédure de sursis à exécution des décisions de l' A.R.T. au cas de recours a été instaurée (**b.**).

### **a. Le caractère non suspensif du recours**

L' article L. 36-8 III. alinéa 2 du C.P.T. indique que le recours n' est pas suspensif. Néanmoins, le sursis à exécution de la décision peut être ordonné par

---

<sup>59</sup> Cf. l' article L. 36-8 I. alinéa 4 du C.P.T.

<sup>60</sup> Cf. l' article R. 11-8 du C.P.T.

<sup>61</sup> Cf. l' article L. 36-8 III. alinéa 3 du C.P.T.

<sup>62</sup> Cf. l' article R. 11-9 du C.P.T.

<sup>63</sup> Pour une analyse de ce type de contentieux, cf. par ex. : E. PUTMAN : *Contentieux économique* P.U.F. 1998.

le premier Président de la Cour d' appel de Paris, si celle-ci est susceptible d' entraîner des conséquences manifestement excessives ou s' il est survenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d' une exceptionnelle gravité. Il s' agit là d' une dérogation aux dispositions du N.C.P.C. puisqu' il résulte des articles 527 et 539 du N.C.P.C. que l' appel et son délai suspendent l' exécution du jugement. Cette règle est toutefois de plus en plus contournée :

- d' une part, la règle de l' effet suspensif de l' appel en procédure civile est, dans les faits, remise en cause par la généralisation de l' exécution provisoire ;

- d' autre part, la légitimité même du principe de l' effet suspensif est discutée par la doctrine la plus autorisée<sup>64</sup> ;

- enfin, l' absence d'effet suspensif se généralise dans tout le contentieux économique, notamment pour des raisons de rapidité et d' efficacité des décisions<sup>65</sup>. Toutefois, à propos de la procédure de recours des décisions du Conseil de la concurrence, le Conseil constitutionnel le 23 janvier 1987 a indiqué que la possibilité de demander et d' obtenir un sursis à l' exécution des décisions dont le recours est dépourvu d'effet suspensif est une "garantie essentielle des droits de la défense"<sup>66</sup>. C'est pourquoi l' article L. 36-8 III. du C.P.T. organise une procédure de sursis à exécution des décisions de l' A.R.T.<sup>67</sup>.

## **b. La procédure de sursis à exécution**

L' article R. 11-6 du C.P.T. indique que les demandes de sursis à exécution sont formées par simple requête déposée au greffe de la Cour d' appel de Paris. La procédure est plus lourde à propos des décisions du Conseil de la concurrence, puisque l' article 12 du décret du 19 octobre 1987 indique que les demandes de sursis à exécution "sont portées par voie d' assignation devant le premier Président de la Cour d' appel de Paris, selon les modalités de deuxième alinéa de l' article 485 du N.C.P.C.", l' assignation étant faite au jour et à l' heure indiqués par l' ordonnance du premier Président sur requête présentée par le demandeur. y  
2

---

<sup>64</sup> Cf. par ex. : J.-M. COULON : "Les évolutions possibles de la procédure civile" Colloque du XX<sup>ème</sup> anniversaire de la Cour d' appel de Versailles *loc. cit.* p. 22, "Réflexions et propositions sur la procédure civile" Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, La Documentation française 1997 p. 108 et s., S. GUINCHARD : "Rapport de synthèse" *loc. cit.*

<sup>65</sup> Cf. les articles 12 alinéa 5 et 15 alinéa 3 de l' ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 à propos des décisions du Conseil de la concurrence, l' article 12 de l' ordonnance du 28 septembre 1967 pour les décisions de la C.O.B. et l' article 155 du décret du 27 décembre 1985 à propos des jugements et ordonnances rendus en matière de redressement et liquidation judiciaire (cet article indique que seul le délai d' appel n' est pas suspensif).

<sup>66</sup> Conseil constitutionnel 23 janvier 1987 n° 86-224 D.C., D. 1988 jur. p. 117 note F. LUCHAIRE, J.C.P. 1987 II. n° 20854 note J.-F. SESTIER.

<sup>67</sup> Sans cette possibilité, la Cour d' appel de Paris ne pourrait prononcer aucune mesure de sursis à exécution dans la mesure où le premier Président ne peut pas arrêter, en cas d' appel, l' exécution provisoire d' un jugement lorsque celle-ci se trouve attachée de plein droit à la décision, ce qui est le cas de l' A.R.T.

A l'instar des demandes d'arrêt d'exécution provisoire de l'article 524 du N.C.P.C., les demandes de sursis à exécution des décisions de l'A.R.T. sont dépourvues de toute autonomie. En effet, à peine d'irrecevabilité la requête contient l'exposé des moyens invoqués et précise la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis est demandé. Selon l'article R. 11-6 alinéa 2 du C.P.T., le premier Président fixe dès le dépôt de la requête, la date de l'audience à laquelle la demande de sursis sera examinée. Cette ordonnance rendue, le demandeur au sursis dénonce à l'autre partie et à l'A.R.T. une copie de la requête et de l'ordonnance<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Cf. l'article R. 11-6 alinéa 3 du

## L'ART et le Conseil de la concurrence

Les avis sont assez concordants pour admettre que l'autorité de régulation des télécommunications (ART) a pour mission la régulation du marché des télécommunications. Or, « l'objectif de la régulation est bien de permettre l'exercice d'une concurrence durable au bénéfice du consommateur en vue d'assurer pour le marché une concurrence également durable et partagée par de multiples acteurs »<sup>1</sup>. Toutefois, le Conseil de la concurrence a, lui aussi, pour mission de surveiller le bon fonctionnement du marché. Ces deux autorités ont des nombreux points communs : ils ont des pouvoirs d'enquête, de décision et de sanction.

Le problème de la compatibilité de la concentration de ces pouvoirs au sein d'un même organisme, organisme qui exerce une fonction juridictionnelle, avec la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment avec son article 6, s'est posée. La Cour de cassation a récemment précisé à ce sujet que le rapporteur qui a procédé aux investigations concernant l'affaire jugée ne peut pas participer au délibéré<sup>2</sup>. Elle confirme ainsi la position adoptée dans son rapport pour 1992, où elle avait souhaité l'abrogation de l'article 25 al. 4 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 au motif que cette disposition ne serait pas « en harmonie » avec le principe d'égalité des armes entre les parties. Un arrêt en date du 27 janvier 1998<sup>3</sup> donnait l'impression qu'elle avait abandonnée sa position, puisqu'elle admettait la présence du rapporteur au délibéré dès lors que "le Conseil n'a fondé sa décision que sur les éléments du rapport discuté". C'est un arrêt<sup>4</sup> très remarqué rendu par la Cour de cassation siégeant en assemblée plénière qui est à l'origine de la solution actuelle. Commentant cette décision, l'ART précise : "l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications et les dispositions du règlement intérieur de l'Autorité n'imposent pas que le rapporteur soit un membre du collège. C'est pourquoi, devant l'Autorité, l'instruction du dossier de sanction est confiée à un rapporteur qui ne fait pas partie du collège et ne participe pas au délibéré.

<sup>1</sup> "Les entretiens de l'autorité, Le droit des télécommunications : bilan et perspectives", 23 mars 1999, *Les Petites Affiches*, 10 sept. 1999

<sup>2</sup> Cass. Com. 5 octobre 1999, *Les Petites Affiches* 15 octobre 1999 p. 4, note C. Ducouloux-Favard

<sup>3</sup> Cass. Com. 27 janvier 1998, Bull. civ. IV n° 42, *Dalloz Affaires* 1998 p. 836, obs. A.M.

<sup>4</sup> Cass. Ass. Plén. 5 février 1999, *Gazette du Palais*, 24 et 25 février 1999 p. 8, conclusions de M. l'Avocat général M.A. Lafortune

L'exigence d'impartialité rappelée par la Cour de cassation est donc respectée"<sup>5</sup>. Quant au Conseil de la concurrence, il a modifié son règlement intérieur.

La loi du 26 juillet 1996 a doté l'ART de différents moyens pour lui permettre d'accomplir sa mission. La question se pose de savoir comment l'action de l'ART dans ce domaine s'articule avec la mission du Conseil de la concurrence. Quel est le domaine respectif de leur activité ? Cette activité, est elle complémentaire ? Est elle conflictuelle ? Qui va trancher en cas de divergence ?

A la lumière des textes, des décisions rendues ainsi que des opinions exprimées, nous essayons de répondre à ces questions. Une délimitation des compétences des deux autorités nous paraît nécessaire pour examiner leur collaboration et les conflits possibles.

## I. Un domaine d'intervention commun

Les différentes missions confiées au Conseil de la concurrence sont suffisamment connues pour qu'un rappel paraît superflu. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les missions dont l'ART est investie. Nous allons les énumérer avant de voir la répartition des missions entre ces deux autorités.

### A°/ La mission de l'ART : réguler le marché

La mission primordiale de l'ART, c'est d'accompagner l'ouverture du marché des télécommunications. Cette ouverture se fait par étapes successifs. Elle commençait avec l'abolition du monopole de France Télécom, qui s'est accompagnée de l'ouverture du marché à des acteurs privées. Le marché s'est ensuite ouvert sur d'autres acteurs économiques, comme les collectivités territoriales, de même que sur des structures alternatives, comme le câble. L'ouverture de la boucle locale est provisoirement bloquée, à l'initiative des communistes<sup>6</sup>, mais une proposition de directive sur ce point est en chantier auprès de la Commission européenne<sup>7</sup>.

L'ART a ensuite pour mission d'organiser la concurrence sur les marchés des télécommunications. Pour cela, elle doit définir et délimiter ces marchés et assurer une certaine égalité et un certain équilibre entre les opérateurs. Un exemple significatif nous est donné par la détermination des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché de

<sup>5</sup> Les entretiens ..., op. cit.

<sup>6</sup> J. Henni, "Concurrence dans le téléphone local : le gouvernement fait marche arrière", *Les Echos* 27 avril 2000 p. 19

<sup>7</sup> J. Ducquier, "Bruxelles entend imposer l'ouverture du téléphone local à la concurrence", *Les Echos* 27 avril 2000 p. 19

l'interconnexion pour l'année 2000. Nous allons y revenir. Dans le cadre de cette mission, elle devrait aussi assurer l'accès des différents opérateurs à tous les marchés des télécommunications. Nous allons voir, avec l'affaire "Internet à l'école", qu'elle n'en a pas les moyens.

Il me semble que l'ART a aussi pour mission de prévenir des abus de position. Le problème se pose essentiellement du fait que France Télécom détient presque l'exclusivité des infrastructures. Dans les économies de réseaux, la notion d'infrastructure essentielle doit être appréciée d'une façon plus souple que sur les autres secteurs économiques : ces infrastructures proviennent le plus souvent d'un monopole qui a mué en position dominante, détenue par celui qui a la maîtrise sur ces infrastructures. Si l'on ne tient pas compte de cette donnée, l'accès au marché ou le maintien<sup>8</sup> sur un marché devient quasiment impossible. Il faut toutefois noter que France Télécom peut perdre sa position rapidement. Déjà, le succès fulgurant du téléphone mobile lui a fait perdre son quasi-monopole en ce qui concerne l'accès à l'abonné. L'utilisation du câble, et notamment la gestion de réseaux câblés par les collectivités locales, ouvre des voies alternatives aux lignes téléphoniques traditionnelles. Cette tendance va se renforcer avec l'arrivée prochaine des "Universal Mobile Télécommunications Systèmes" (UMTS), composés d'une partie terrestre et d'une partie satellitaire<sup>9</sup>. Toutefois, quelle que soit la technologie utilisée, les investissements en infrastructure vont rester d'un coût élevé.

La résorption du déséquilibre financier des prestations de France Télécom était une autre mission attribuée à l'ART. En fait, l'abonnement ne couvrait pas son coût. Le déficit en résultant était compensé par les prix des communications, notamment internationales. La résorption de ce déséquilibre a été financée par les opérateurs privés au moyen "d'une rémunération additionnelle aux charges d'interconnexion", prélevée au titre du financement du service universel. Il semble que cette mission soit accomplie, que le déséquilibre ait été résorbé<sup>10</sup>.

### B°/ Le marché des télécommunications entre régulation et surveillance

On peut procéder de différentes façons pour délimiter la répartition des pouvoirs entre l'ART et le Conseil de la concurrence. On peut définir les compétences du Conseil par la limitation des pouvoirs de l'ART. On peut aussi considérer que le Conseil garde tous les pouvoirs que

---

<sup>8</sup> Ex. : Décis. Cons. Conc. n° 99-MC-01, 12 janv. 1999, *BOCCRF* 27 avril 1999 ; Paris 15 mars 1999, *BOCCRF* 3 juin 1999 p. 293

<sup>9</sup> Téléphonie mobile de 3<sup>e</sup> génération : la synthèse de la consultation publique sur l'introduction de l'UMTS en France, <http://art-telecom.fr>

<sup>10</sup> Décision n° 99-489 de l'ART en date du 30 juin 1999 proposant, en application de l'article L. 35-3 c. P. et T., le passage au nouveau régime de financement du service universel au 1er janvier 2000

l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 lui attribue, sauf si la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 lui retire expressément l'un ou l'autre de ses pouvoirs. Mais en fait, la répartition des pouvoirs semble plutôt être organisée par omissions, et par le jeu des recours possibles contre les décisions que l'une ou l'autre des autorités peut rendre.

Le Conseil de la concurrence dispose d'une compétence exclusive (sous réserve des compétences des organes européens) concernant les infractions aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et aux articles 81 et 82 du Traité de Rome. A ce titre, le Conseil constate et sanctionne les ententes et les abus de position. La naissance de l'ART ne semble *a priori* pas remettre en cause sa compétence dans ce domaine. Nous allons toutefois revenir sur ce point.

française  
autorité  
d'E

L'ART a pour mission de veiller à l'équilibre concurrentiel entre les opérateurs et à la loyauté de l'exercice de la concurrence<sup>11</sup>. Elle fixe les conditions d'exercice de la concurrence. A ce titre, elle est compétente pour l'attribution des préfixes et le règlement des différends concernant l'interconnexion.

On peut remarquer que l'équilibre n'est pas une notion concurrentielle classique : c'est le déséquilibre qui crée la concurrence. Puis, la loyauté relève plutôt du droit du contrat ou de la responsabilité civile. Il nous semble que deux séries de raisons peuvent expliquer que l'ART soit chargée de ces aspects.

La première série de raisons vient des particularités des marchés des télécommunications :

➤ L'essentiel des infrastructures est actuellement géré par France Télécom, qui intervient sur les marchés en tant que concurrent des nouveaux opérateurs. France Télécom peut ainsi fausser le jeu de la concurrence de plusieurs façons :

- Minimiser le coût de ces infrastructures dans le calcul de la rentabilité de ses propres prestations. La loi<sup>12</sup>, l'ART et le Conseil de la concurrence<sup>13</sup> semblaient d'ailleurs lui imposer une comptabilité séparée, ou même la filialisation de ses activités soumises à concurrence. Mais la mise en œuvre de ces mesures semble tarder.
- Majorer le coût de l'utilisation des infrastructures facturées à ses concurrents. L'affaire de l'accès des écoles à Internet constitue un exemple de cette pratique : France Télécom fait

<sup>11</sup> art. L 32-1 II c. P. et T. : « ... l'ART. veille (...) à l'exercice (...) d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de télécommunications »

<sup>12</sup> art. L. 33-1 II c.P. et T.

<sup>13</sup> notamment avis n° 97-A-27

aux écoles une offre pour le service de l'accès à Internet qui est inférieure au seul coût d'interconnexion qu'elle facture à ses concurrents<sup>14</sup>.

- Refuser ou retarder l'accès à ses infrastructures aux opérateurs concurrents.
  - Faire de sorte que ses infrastructures soient inutilisables pour les opérateurs privés. Là aussi, nous disposons déjà d'un exemple : La société Paris TV Câble souhaite utiliser le réseau câble pour des applications de télécommunications. Ce réseau, créé pour la télévision, ne permettait à l'origine que la transmission des données dans le sens de l'émetteur vers le récepteur. Or, la communication téléphonique nécessite la transmission des données dans le deux sens : il fallait une deuxième voie. L'ART enjoint à France Télécom de faire effectuer ces travaux. Devant les lenteurs dans l'exécution de sa décision, elle impose à France Télécom un calendrier des travaux et la menace de lui retirer la maîtrise d'œuvre en cas de non-respect des délais impartis<sup>15</sup>.
- Il y a démantèlement d'un monopole d'Etat : les entreprises qui se situent en concurrence à cet ancien monopole sont des entrants sur un marché où tout reste à faire : Cegetel prétend d'ailleurs avoir droit à un tarif d'interconnexion préférentiel du fait de sa faible position face à l'opérateur historique<sup>16</sup>.
- Des segments de marché plus ou moins lucratifs coexistent : les nouveaux opérateurs ne s'intéressent qu'aux segments lucratifs. Pour en tenir compte, les instances communautaires ont créé le concept du « service universel », qui doit permettre de couvrir les besoins de toute la population. Ce service est actuellement assuré par France Télécom<sup>17</sup>, mais ses contours sont assez flous. Ainsi, le Conseil de la concurrence constate que *"La question de savoir si les contrats de téléphonie destinés aux entreprises, présentant des remises liées au volume de trafic ou proposant des services particuliers relèvent du service universel n'est pas clairement tranchée"*<sup>18</sup>. La question est d'importance, car, si les tarifs des différentes prestations du service universel sont homologués et publiés, France Télécom peut déroger à l'application de ces tarifs si la demande présente une spécificité technique ou commerciale<sup>19</sup>. Le financement du service universel est assuré par une contribution financière versée par les "autres" opérateurs qui couvre actuellement la péréquation géographique, ainsi que les coûts des tarifs sociaux, des cabines et de l'annuaire<sup>20</sup>. Les "autres" opérateurs semblaient avoir saisi la Commission européenne : leur contribution constituerait une barrière à l'entrée sur le

<sup>14</sup> Avis n° 98/180 du 11 mars 1998, JO 25 juillet 1998.

<sup>15</sup> Décision n° 98-526 du 19 juin 1998 et n° 98-678 du 31 juillet 1998, <http://art-telecom.fr>

<sup>16</sup> Décision n° 99-539 se prononçant sur un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom relatif aux conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises en date du 18 juin 1999, <http://art-telecom.fr>

<sup>17</sup> art. L. 35-2 I al. 2 c.P. et T.

<sup>18</sup> Avis n° 98-A-24 en date du 16 déc. 1998, BOCCRF 1999 p. 559

<sup>19</sup> Cahier des charges de France Télécom, art. 14

marché<sup>21</sup>. Une lettre de la Commission en date du 10 juillet 1998 exprime d'ailleurs des "doutes" sur la conformité du droit français par rapport au droit communautaire en ce qui concerne les contraintes imposées à certains opérateurs<sup>22</sup>.

La deuxième série de raisons réside dans la mission spécifique de régulation qui est attribuée à l'ART. Même si la doctrine n'est pas vraiment fixée sur la définition de cette notion<sup>23</sup>, un certain consensus semble se dessiner sur le fait que la régulation des marchés est une nécessité<sup>24</sup>. Ce terme de « régulation » est parfois invoqué comme critère de délimitation<sup>25</sup>. Mais ce terme est aussi parfois associé à l'action du Conseil de la concurrence<sup>26</sup>, qui "régule" le marché<sup>27</sup>, même si une distinction entre le "droit de la régulation" et le droit de la concurrence émerge : le droit de la régulation est davantage perçue comme un "droit évolutif"<sup>28</sup>. Cette conception évolutive rejoint l'acception du terme par le Conseil de la concurrence qui considère, dans l'affaire du service universel "spécifique" évoqué précédemment, que "l'arbitrage délicat entre la transparence imposée à l'opérateur historique, dans le cadre du service universel ou compte tenu de sa position dominante, et la confidentialité des offres qui doit être préservée pour l'exercice de la concurrence relève de la régulation. La marge de manœuvre qu'il convient d'accorder à France Télécom doit s'apprécier au regard du degré de concurrence constaté sur le marché des télécommunications et est susceptible d'être révisée"<sup>29</sup>. Le Conseil semble ainsi manifester clairement sa volonté d'utiliser le caractère évolutif de la régulation pour apprécier si le comportement d'une entreprise dominante constitue un abus. Il nous semble que la prise en compte de ce critère ne ferait que compliquer la délimitation des compétences, même si l'action de l'ART permet de faire avancer la notion même de "régulation". Ce qui semble être certain : les deux organes ont pour mission d'arbitrer entre différents intérêts dans le but de permettre le fonctionnement du marché.

---

<sup>20</sup> Décision n° 99-489 de l'ART précitée

<sup>21</sup> Ph. Barbet et A. Gonzales, "La notion de service universel dans les télécommunications : évolution et nécessité d'une nouvelle définition", *RIDE* 1999 n° 1, p. 72

<sup>22</sup> Avis n° 99-A-13 du Conseil précité

<sup>23</sup> Pour un catalogue des acceptions possibles : M.-A. Frison-Roche, "Les différentes définitions de la régulation", L. Cohen-Tanugi, "L'émergence de la notion de régulation, et L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence", in : "La régulation: monisme ou pluralisme ?", *Les Petites Affiches*, n° 82, 10 juillet 1998, M.-A. Frison-Roche, "La régulation économique, un droit en émergence", *Le Monde* 16 nov. 1999 p. 22, A. Jammaud, "Introduction à la sémantique de la régulation juridique", *Colloque du C.R.E.D.E.C.O. d'octobre 1996*, sous la direction de J. Clam et G. Martin, L.G.D.J. 1998

<sup>24</sup> J. Dubois, "Ne pas se tromper de pensée unique", *Les Echos* 27 avril 2000 p. 65

<sup>25</sup> Un exemple : H. Dumez et A. Jeunemaître, "Les institutions de la régulation des marchés : étude de quelques modèles de référence", *RIDE* 1999, n° 1 p. 11

<sup>26</sup> Par exemple dans la deuxième partie du projet de loi sur "les nouvelles régulations économiques".

<sup>27</sup> Ex. : M. -A. Frison-Roche, "L'Etat, le marché et les principes du droit interne et communautaire de la concurrence", *Les Petites Affiches*, n° 59, 17 mai 1995 : "la régulation au service par exemple de politiques de la concurrence".

<sup>28</sup> J. Gallot, Introduction au dossier "la régulation: monisme ou pluralisme?", *Les Petites Affiches*, n° 82, 10 juillet 1998 : " En quoi le droit de la régulation - qui est un droit évolutif qui contribue à instaurer le marché - se distingue-t-il du droit de la concurrence qui vise à surveiller de manière plus permanente les positions de domination sur le marché ?"

<sup>29</sup> avis n° 98-A-24 précité

L'ART semble donc surtout avoir pour mission d'organiser les différents marchés des télécommunications, tandis que le Conseil de la concurrence sanctionne les comportements anticoncurrentiels. Toutefois, le critère tiré de la nature de leur mission respective ne permet pas un partage de leurs compétences. D'autres critères, sont ils plus utiles ?

Le contenu de la demande du plaideur n'est pas un critère de délimitation. Le conseil de la concurrence est saisi *in rem*<sup>30</sup>, il peut donc se prononcer sur des points qui ne font pas l'objet de la saisine. Il peut notamment enquêter sur des faits dont il aurait eu connaissance à l'occasion d'une saisine. En ce qui concerne l'ART, la société Cegetel invoquait devant elle « un abus de position dominante et de dépendance économique » de la part de France Télécom. Toutefois, l'ART n'est pas compétente pour se prononcer sur des tels griefs<sup>31</sup>.

Le critère de l'étendue des compétences, est-il plus pertinent ? L'ART a des compétences sectorielles, le Conseil a une compétence globale de « gardien » de la concurrence. S'il faut nuancer la distinction dans la mesure où le Conseil se prononce marché par marché, ce critère permet néanmoins une certaine délimitation des compétences de l'ART. La délimitation des compétences sectorielles de l'ART a pour l'instant surtout posé problème face à l'audiovisuel. Dans le différend qui opposait France Télécom à Paris TV câble et à la Compagnie Générale de Vidéocommunication, France Télécom contestait la recevabilité de la demande de ces sociétés devant l'Autorité, car elle estimait que les services en ligne ou d'accès à Internet que les Câblo-opérateurs souhaitaient proposer relevaient essentiellement de la communication audiovisuelle et ne constituaient pas des services de télécommunications. Mais dans sa décision n° 97-209 en date du 10 juillet 1997, l'Autorité précise que le service d'accès à Internet est de nature mixte. De même, dans les arrêts rendus le 28 avril 1998, la Cour d'appel de Paris a écarté l'exception d'incompétence de l'ART, soulevée par France Télécom. La Cour a estimé que la fourniture d'accès à Internet relevait d'un service de télécommunications en soulignant que "(...) *la technique rend possible l'utilisation des réseaux câblés dans les deux sens ...*". Mais même lorsque l'utilisation du câble est purement audiovisuelle, l'ART se sent concernée. Ainsi, lorsque NC Numéri Câble s'oppose à l'augmentation de la redevance par France Télécom et demande aux instances de la concurrence des mesures conservatoires<sup>32</sup>, l'ART semble émettre un avis.

<sup>30</sup> Cour d'appel de Paris, 8 sept. 1998, *Dalloz Affaires* 1998 p. 1633, obs. J.F.

<sup>31</sup> Décision n° 99-539 précitée

<sup>32</sup> Cour d'appel de Paris 15 mars 1999, *BOCCRF* 3 juin 1999 p. 293

Comme le précise Monsieur Pierre-Alain Jeanneney, Directeur général de l'ART : « Ce litige nous intéresse directement dans la mesure où l'économie du câble forme un tout »<sup>33</sup>.

Les compétences respectives des deux organes semblaient en partie se recouper. Dans certains domaines, la compétence semble être double, des conflits sont ainsi possibles<sup>34</sup>.

## II. – Une collaboration fragile

### A°/ L'articulation de la collaboration

A l'examen de l'activité de l'ART et du Conseil de la concurrence dans ce domaine, on est d'abord frappé par la quantité d'avis émis : lorsque le Conseil est saisi d'un problème qui touche aux télécommunications, ou lorsqu'il est amené à prendre une décision concernant des opérateurs du secteur des télécommunications, il communique la saisine à l'ART et « recueille son avis » (art. L. 36-10 C.P.T.). Un des premiers exemples est constitué par l'affaire Transpac<sup>35</sup>. L'utilisation de la procédure d'avis dans cette affaire est d'autant plus significative que les faits étaient antérieurs à la création de l'ART. Il ressort de cette décision, tout comme des décisions qui l'ont suivie, que l'ART donne son avis en sa qualité d'expert en téléphonie. Les compétences de cette autorité dans ce domaine sont certainement incontestables, mais on ne peut pas s'empêcher de constater d'une part que par ses avis, l'ART imprègne les avis et décisions du Conseil de sa méthodologie et d'autre part que c'est le seul expert qui intervient, et qui intervient toujours !

L'article 5 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dispose qu'un certain nombre de personnes peuvent consulter le Conseil pour avis. Cette compétence consultative du Conseil a été souvent sollicitée dans notre domaine, et aussi bien la qualité des saisissants que leurs préoccupations sont très diversifiées. Quelques exemples :

- Un Syndicat intercommunal demande s'il peut constituer un groupement de commandes dans le domaine des télécommunications<sup>36</sup>
- Une association regroupant des opérateurs privés de télécommunication (AFOPT) demande si l'exercice d'une activité concurrentielle et d'une activité monopolistique au sein d'une même structure juridique est compatible avec le droit de la concurrence<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Les entretiens ..., op. cit.

<sup>34</sup> A.-M. Frison-Roche, *Le Monde*, 5 mai 1998 : « ... l'ART peut connaître de l'aspect concurrentiel des comportements, il n'est pas exclu que le Conseil de la concurrence intervienne en cas d'entente ou d'abus de position dominante : il y aura alors superposition des décisions et des recours pour une même situation »

<sup>35</sup> Decision n° 97-D-53 du Conseil de la concurrence du 1<sup>er</sup> juillet 1997, *BOCCRF* 7 octobre 1997 p. 712 ; Cour d'appel de Paris 19 mai 1998 *BOCCRF* 18 juin 1998 p. 339

<sup>36</sup> Avis n° 98-A-20 du 1<sup>er</sup> déc. 1998, *BOCCRF* 27 avril 1999 p. 162

- Le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur saisit le Conseil pour avis au sujet de propositions tarifaires de France Télécom<sup>38</sup>
- Le ministre de l'économie saisit le Conseil pour avis au sujet d'un projet de circulaire concernant l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications<sup>39</sup>.

Dans quasiment toutes les demandes d'avis adressées au Conseil, ce dernier a à son tour sollicité un avis à l'ART avant de rendre le sien.

Lorsque l'ART est saisi d'un problème qui touche la concurrence, elle sollicite, elle aussi, les avis du Conseil, qui agit alors en sa qualité d'expert en concurrence<sup>40</sup>. L'ART, approuvée en cela par la Cour d'appel de Paris, applique certains concepts dégagés par le Conseil, comme la théorie des infrastructures essentielles<sup>41</sup>. De même, elle vérifie l'impact de ses décisions, et notamment des tarifs qu'elles fixent, sur l'équilibre concurrentiel du marché des télécommunications<sup>42</sup>.

De même, le Conseil de la concurrence semble s'inspirer de concepts qui relèvent plutôt de la régulation, dans le sens du maintien d'un certain équilibre entre les acteurs économiques, et ceci - comme nous allons le voir - même en bouleversant quelque peu les textes français et communautaires. En effet, le Conseil de la Concurrence<sup>43</sup> rend tous les ans un avis sur la composition des différents marchés des télécommunications. Cet avis permet à l'ART de déterminer les opérateurs exerçant une "influence significative" sur l'un ou plusieurs de ces marchés. Etre déclaré "opérateur exerçant une influence significative" est lourd de conséquences, encore faut-il distinguer entre les marchés en cause. Les opérateurs "puissants", selon les termes de la directive communautaire<sup>44</sup> sur un marché autre que celui de l'interconnexion doivent publier une offre technique et tarifaire d'interconnexion, approuvée par l'ART.<sup>45</sup> Aux opérateurs "puissants" sur le marché de l'interconnexion, une obligation supplémentaire s'impose : ils doivent orienter les tarifs d'interconnexion vers leurs coûts<sup>46</sup>. Le Conseil de la concurrence<sup>47</sup>

<sup>37</sup> Avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997, *BOCCRF* 28 févr. 1998, p. 81

<sup>38</sup> Avis n° 97-A-05 du 22 janvier 1997, *BOCCRF* 28 févr. 1998, p. 79

<sup>39</sup> Avis n° 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998, *BOCCRF* 31 mars 1999 p. 130

<sup>40</sup> ex. : art. L 33-1 c.P. et T. : le Conseil de la concurrence donne son avis pour savoir si un opérateur « dispose dans un secteur d'activité autre que les télécommunications d'un monopole ou d'une position dominante » ; art. L. 36-10 c. P. et T. : le président de l'ART peut saisir le Conseil de la concurrence « pour avis de toute autre question relevant de sa compétence »

<sup>41</sup> Décision n° 97/209 du 10 juillet 1997 réglant un différent entre Paris TV Câble et France Télécom, <http://art-telecom.fr>

<sup>42</sup> Décision n° 99-539 précitée : "il paraît ainsi nécessaire de définir une méthode pour encadrer les tarifs d'interconnexion de Cegetel Entreprises qui ... permette d'écartier les risques de distorsion concurrentielle"

<sup>43</sup> art. L 36-7,7° c. P. et T. : le Conseil de la concurrence donne son avis pour savoir si un opérateur exerce une influence significative sur le marché pertinent des télécommunications.

<sup>44</sup> Directive n° 97/33/CE

<sup>45</sup> art. L 34-8 II c. P. et T.

<sup>46</sup> article 7.2 de la directive 97/33/CE

<sup>47</sup> Avis n° 99-A-13 Cons. Conc., 7 sept. 1999, *BOCCRF* 31 janv. 2000 p. 3

constate alors que sur ce marché, deux opérateurs exercent une influence significative : France Télécom et SFR. Il indique les dangers que recèle l'alignement des tarifs vers le coût :

- Un amoindrissement de la capacité d'autofinancement des opérateurs "en phase de déploiement"
- La nécessité d'alignement sur ces tarifs pour l'opérateur non puissant. Il a le choix entre pratiquer le même tarif que ses concurrents et perdre ses clients. Mais comme ses coûts sont supérieurs, il risque de disparaître.

Le Conseil résume en précisant que "l'élimination, ou du moins l'absence de développement de certains intervenants sur le marché de la téléphonie mobile, ... serait préjudiciable à son fonctionnement concurrentiel. "

L'ART reprend l'essentiel de l'analyse du Conseil de la concurrence, précisant que l'orientation des tarifs vers les coûts nécessite des "mesures d'accompagnement"<sup>48</sup>. Elle invoque "l'intérêt des consommateurs" pour ne "pas compromettre la pérennité d'un ou plusieurs opérateur(s)". Pour atteindre ce but, il faut tenir compte des "déséquilibres du marché et de la situation de tous les opérateurs mobiles". L'ART s'impose un calendrier pour mettre progressivement en œuvre l'orientation vers les coûts, "en concertation avec les opérateurs mobiles". A la lecture aussi bien de l'avis du Conseil que de la décision de l'ART, on est frappé par la préoccupation dont témoignent les deux organes pour adapter la loi communautaire à la situation concrète des marchés des télécommunications en France, tout en favorisant un développement harmonieux des opérateurs concernés. Il me semble qu'il s'agit là d'une excellente illustration du contenu de la notion de "régulation" qui se caractérise par une intervention souple et évolutive auprès des opérateurs économiques pour assurer un certain équilibre entre eux, équilibre qui rejaille sur le marché.

Le jeu de consultations et de saisies réciproques tel qu'il est organisé par la loi et pratiqué par les deux autorités semble satisfaire Mme Hagelsteen, Présidente du Conseil de la concurrence : « En pratique, le mécanisme de coopération entre les deux institutions s'est révélé très utile. L'étroite coopération entre l'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil de la concurrence est une condition indispensable pour assurer la fonction de régulation et celle du contrôle de la concurrence dans ce secteur »<sup>49</sup>. Selon la même source, « Le Conseil de la concurrence intervient dans le droit des télécommunications pour contribuer à dresser le cadre concurrentiel dans lequel les activités de télécommunications devraient se développer ».

<sup>48</sup> Décision n° 99-823 du 30 septembre 1999, <http://art-telecom.fr>

<sup>49</sup> Les entretiens ..., op. cit.

## B°/ Le risque de conflits

Un domaine où le conflit (ou la double compétence) sera particulièrement sensible est celui des relations contractuelles entre les différents opérateurs, ainsi que celui de la tarification de l'interconnexion, des autres services et des locations d'infrastructures. En effet, si les cocontractants ne s'entendent pas, ils peuvent saisir l'ART du règlement du conflit (art L.36-8 du Code des postes et télécommunications). L'ART a d'ailleurs rendu plusieurs décisions dans ce domaine. Toutefois, les cocontractants peuvent aussi porter le litige devant le Conseil de la concurrence, arguant qu'un tarif excessif constitue une barrière à l'entrée sur un marché, ou un abus de position<sup>50</sup>.

La loi prévoit la parade pour résoudre des tels conflits : l'instance de recours contre les décisions du Conseil et de certaines décisions de l'ART est la même : la Cour d'appel de Paris, à laquelle est ainsi conféré le pouvoir « de trancher les éventuels conflits de compétence entre elles. Il lui reviendrait donc de mettre en cohérence les décisions des deux autorités si elles étaient saisies concurremment d'un même problème d'interconnexion ou d'accès au réseau, l'une sous l'angle du droit de la concurrence, l'autre sous celui du seul droit des télécommunications. »<sup>51</sup>.

Toutefois, le recours contre d'autres décisions de l'ART sont de la compétence du Conseil d'Etat. C'est le cas de l'attribution des préfixes, qui pose bien un problème du droit de la concurrence<sup>52</sup>. Les possibilités d'harmonisation de la Cour de Paris sont donc limitées, ce que nous nous proposons d'illustrer avec deux exemples.

Le premier exemple nous oblige à revenir sur la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché des télécommunications. Nous avons vu que c'est l'ART qui doit dresser cette liste. Or, dans sa première demande d'avis, l'ART semble préciser que seule la téléphonie fixe est concernée, les opérateurs de téléphonie mobile n'auraient pas à figurer sur la liste. Le Conseil<sup>53</sup> s'y oppose : la loi n'exclut pas les opérateurs mobiles, et le Conseil qualifie d'ailleurs SFR d'opérateur exerçant une influence significative. Mais, dans son avis du 19 novembre 1997, l'ART ne prend en compte que le marché de l'interconnexion, largement dominé

<sup>50</sup> Argument développé par Cegetel, décision n° 99-539 précitée, et par NC Numéris Cable, décision 99-MC-01, *BOCCRF* 27 avr. 1999, p. 179

<sup>51</sup> G. Canivet, à l'époque Premier Président de la Cour d'appel de Paris, dans « Les entretiens ... », op. cit.

<sup>52</sup> Conseil d'Etat, 30 mars 1998, *Dalloz* 1998, I.R. p. 140 ; Conseil d'Etat, 26 juin 1998, *Dalloz* 1998, I.R. p. 184 ; *Les Echos* 27 mars 1998, Y. Claisse, "Les préfixes téléphoniques attribués par l'ART remis en cause devant le Conseil d'Etat".

par France Télécom. Dans son avis pour 1999<sup>54</sup>, le Conseil maintient sa position, et dans sa liste pour 1999<sup>55</sup>, l'ART s'est rangée de son côté : les deux organes qualifient France Télécom et SFR d'opérateurs exerçant une influence significative sur le marché de la téléphonie mobile. Un point de discordance subsiste cependant : Le Conseil prend en compte le marché de la radiomessagerie, que l'ART semble ignorer. Toutefois, comme ce marché est largement dominé par France Télécom, qui exerce une influence significative sur plusieurs marchés, ce détail ne change rien. Dans sa liste pour l'an 2000, l'ART aligne expressément sa position sur celle du Conseil<sup>56</sup>. Notamment en ce qui concerne l'évaluation du trafic des fixes vers les mobiles, elle précise que "le Conseil de la concurrence a recommandé cette méthode qui reste au plus près des réalités du marché examiné"<sup>57</sup>. En cas de persistance de la divergence, qui aurait eu le pouvoir de trancher ?

C'est l'article L 36-7. 7° c. P. et T. qui attribue à l'ART, entre autre, la mission d'établir annuellement la liste des opérateurs exerçant une influence significative. Cet article énumère différentes missions confiées à l'ART, mais il ne précise rien en ce qui concerne les recours ouverts contre les décisions que l'ART peut prendre dans le cadre de cette disposition, contrairement aux articles qui suivent. L'art. 36-8 c; P. et T., qui donne compétence à l'ART pour régler certains différends entre opérateurs, précise qu'un recours en annulation ou en réformation contre la décision prise par l'ART peut être introduit devant la Cour d'appel de Paris. L'art. 36-10 c. p. et t., qui investit l'ART d'un pouvoir de sanction, précise que les décisions prises dans ce cadre peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat.

Parmi les missions que l'art. L 36-7 c. P. et T. confie à l'ART se trouve celle d'attribuer "aux opérateurs et aux utilisateurs ... les ressources en numérotation nécessaires à l'exercice de leur activité" (6°). Cette mission est d'ailleurs davantage détaillée à l'art. L. 34-10 c. P. et T., mais l'un et l'autre de ces articles sont muets sur l'organe qui peut connaître d'un recours contre une telle décision. La société AXS Télécom, à laquelle l'ART a refusé l'attribution d'un préfixe à un chiffre, a exercé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, qui s'est considéré compétent<sup>58</sup>. Toutefois, le Conseil d'Etat se place sur le terrain du droit de la concurrence pour justifier la décision de l'ART qui prévoit deux types de préfixes : ceux à un chiffre et ceux à

---

<sup>53</sup> Avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997, *BOCCRF* 21 mai 1998, p. 189

<sup>54</sup> Avis n° 98-A-19 du 25 novembre 1998, *BOCCRF* 21 janv. 1999, p. 3

<sup>55</sup> Décision n° 98-982, <http://art-telecom.fr>

<sup>56</sup> Une communication de la Commission européenne définit les marchés en cause (*JOCE* C 372 du 9 déc. 1997, p. 5). La décision n° 99-767 se réfère à cette communication : "... conformément à la recommandation du Conseil de la concurrence et de la Commission européenne ...".

<sup>57</sup> Décision n° 99-767 de l'ART en date du 15 septembre 1999 établissant pour 2000 la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché des télécommunications, <http://art-telecom.fr>

<sup>58</sup> CE 30 mars 1998, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat* p. 112, CE 26 juin 1998, *Recueil des décisions du Conseil d'Etat* p. 248, *Dalloz* 1998 I.R. p. 184 ; Y. Claisse, "Les préfixes téléphoniques attribués par l'ART remis en cause devant le Conseil d'Etat", *Les Echos* 27 mars 1998.

quatre chiffres. Selon le Conseil d'Etat, les préfixes à un chiffre sont nécessaires pour qu'une "concurrence effective" puisse s'exercer entre France Télécom, titulaire du préfixe "0", et d'autres opérateurs. L'attribution d'un préfixe à un chiffre est assortie de contreparties lourdes, comme notamment l'obligation de déployer et d'exploiter un réseau national propre et une redevance dix fois supérieure à celle exigée en contrepartie d'un préfixe à quatre chiffres. Si ces conditions permettent d'écartier le reproche d'un traitement discriminatoire des différents opérateurs, elles produisent toutefois un effet pervers sur la concurrence : les entreprises qui sont financièrement en mesure d'assumer les conditions posées partent avec un avantage que leurs concurrents ne pourront jamais rattraper. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs accordé un sursis à exécution parce qu'il "serait difficile de modifier le plan national de numérotation téléphonique"<sup>59</sup>. La seule possibilité qui reste alors à un nouvel entrant sur le marché est aussi la plus néfaste pour la concurrence : il s'agit de la prise de contrôle d'un opérateur qui dispose d'un préfixe à un chiffre, donc d'une opération de concentration.

Le Conseil d'Etat, juge "naturel" des décisions prises par une autorité administrative, se déclarerait-il aussi compétent pour les décisions concernant la liste des opérateurs qui exercent une influence significative sur les différents marchés des télécommunications ? Où laisserait-il à la Cour d'appel de Paris le soin de se prononcer sur des questions qui sont au cœur du droit de la concurrence ?

L'art. L 36-9 c. P. et T constitue un autre exemple de "vide juridique" en ce qui concerne l'organe de recours. Cette disposition attribue à l'ART une mission de conciliation dans les différends entre opérateurs. Si la tentative de conciliation de l'ART se solde par un échec, et à condition que le litige relève de la compétence du Conseil de la concurrence, elle est obligée de le saisir<sup>60</sup>. Mais il se peut qu'au moment de la tentative de conciliation, le Conseil s'occupe déjà de l'affaire. Le deuxième alinéa de l'art. 36-9 c. P. et T. dispose que le Conseil de la concurrence "peut décider de surseoir à statuer" s'il "est saisi des mêmes faits". Cette disposition, peut elle signifier que le Conseil perd son pouvoir de se saisir lui-même<sup>61</sup> dans une pareille hypothèse ? De même, si l'ART considère que les parties sont réconciliées, et qu'elles le sont peut-être effectivement, le Conseil peut-il déclarer le résultat de la conciliation anticoncurrentiel ? Pour le président de l'ART, la conciliation sera un succès, il n'aura donc aucune raison de saisir le Conseil. Ce dernier, peut-il alors se saisir lui-même ? Peut-il donner suite à la saisine de l'une des parties, même si celle-ci, s'estimant réconciliée, a entre-temps retiré sa saisine ? Il me semble que la

<sup>59</sup> CE 30 mars 1998, préc.

<sup>60</sup> article L. 36-9 al. 3 c. P. et T.

<sup>61</sup> art. 11 al. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> déc. 1986

réponse se trouve dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, concernant une affaire où l'une des parties a retiré sa plainte. Selon la Cour, le Conseil est un "organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique, elle n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie, mais sanctionne les pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil, régulateur du marché, a pu établir l'existence"<sup>62</sup>. Cette prise de position souligne le caractère autonome de la mission du Conseil, "gardien" de la concurrence, au besoin au détriment d'intérêts particuliers. Il me semble ainsi qu'en cas de divergence de vue entre l'ART et le Conseil à l'occasion d'un différend de ce type, c'est le Conseil qui doit l'emporter.

Dans le deuxième exemple, il n'y a pas de conflit d'appréciation entre les deux autorités, il y a un conflit de pouvoir qui favorise le Conseil. Pour l'accès des écoles à Internet, France Télécom fait une offre tarifaire, homologuée par les ministres des télécommunications et de l'économie, malgré l'avis (non contraignant) défavorable de l'ART<sup>63</sup>. En fait, France Télécom proposait aux écoles un tarif inférieur au seul tarif d'interconnexion qu'elle proposait à ses concurrents. Ces derniers n'auraient donc pu faire une offre intéressante aux écoles qu'en faisant du « dumping ». Les concurrents saisissent le Conseil pour qu'il prenne des mesures conservatoires, et ce dernier enjoint à France Télécom de faire à ses concurrents des offres d'interconnexion qui leur permettent de faire aux écoles une offre économiquement viable. En l'espèce, l'ART ne pouvait émettre qu'un avis non contraignant, le conseil a en revanche pu empêcher la conclusion des marchés aux conditions prévues. Une autre décision tarifaire, concernant cette fois-ci les "petites écoles" montre l'efficacité de l'exemple donné par la première affaire. A la suite d'une première demande d'avis adressée par France Télécom à l'ART, cette dernière a fait savoir à France Télécom, par un simple courrier, qu'elle jugeait l'offre soumise à son avis discriminatoire et de nature à exclure certains opérateurs du marché concerné. En réponse à ce courrier, France Télécom a formulé une nouvelle offre, qui a trouvé grâce devant l'autorité<sup>64</sup>

Un autre contentieux montre les différences de compétence. Il concerne ce qu'on appelle la "messagerie rose". Certains prestataires de service sur Minitel se sont en effet vu refuser leur demande de réservation d'un code d'accès Télétel. Il s'agit des codes "36 15 SEX"<sup>65</sup>, "3615

<sup>62</sup> Cour d'appel de Paris, 8 sept. 1998, *Dalloz Affaires* 1998 p. 1633, obs. J.F.

<sup>63</sup> Avis n° 98-180 du 11 mars 1998, <http://art-telecom.fr>

<sup>64</sup> Avis n° 99-664 de l'ART en date du 25 août 1999 sur la décision tarifaire de France Télécom n° 99009 E relative au forfait Internet petites écoles <http://art-telecom.fr>

<sup>65</sup> Décision n° 99-2 de l'ART en date du 6 janvier 1999 se prononçant sur un différend entre 3A Média et France Télécom, <http://art-telecom.fr>

XCV" et "3615 XS"<sup>66</sup>. Dans les deux cas, France Télécom a justifié son refus par l'atteinte portée à l'image de France Télécom. Dans les deux cas, le prestataire de service a saisi le Comité de la télématique anonyme, qui a chaque fois donné raison à France Télécom. Les prestataires de service ont ensuite saisi l'ART sur le fondement de l'article L. 36-8 c. P. et T.. L'ART se déclare incompétente au motif que la disposition invoquée lui permet de se prononcer sur les conditions "d'ordres technique et financier de la conclusion d'une convention d'accès ...", alors qu'en l'espèce, le motif du refus est de nature déontologique. Le Conseil de la concurrence n'est pas soumis à dés telles restrictions : il peut apprécier souverainement si le refus de France Télécom constitue une barrière à l'entrée sur le marché, et si ce refus peut être justifié par un progrès économique. L'un des fournisseurs de service semble d'ailleurs disposé à saisir le Conseil<sup>67</sup>.

Cette affaire nous ramène à une question cruciale : en cas de divergence de vue persistante, qui va l'emporter ? De même, en cas de divergence de vue entre la sphère politique<sup>68</sup> et l'une ou même les deux autorités « indépendantes », qui aura le dernier mot ? Si le problème posé touche au commerce entre les Etats membres de l'Union européenne, ce seront peut-être les instances européennes de la concurrence qui trancheront.

Dans le même ordre d'idées, on ne peut que s'interroger sur une omission de la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 :

Contrairement à la « Federal Communications Commission (FCC) » américain, l'ART ne dispose d'aucune compétence propre concernant les opérations de concentration de différents acteurs du secteur des télécommunications. Certes, le ministre de l'économie peut toujours saisir le Conseil pour avis. Ce dernier, peut-il saisir l'ART en application de l'art. L 36-10 c. P. et T. qui dispose que "Le Conseil de la concurrence ... recueille l'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications sur les pratiques dont il est saisi dans le secteur des télécommunications" ? Une réponse affirmative paraît souhaitable, puisque l'ART connaît le mieux ce secteur. L'ART dispose de toutes façons d'un moyen indirect de contrôle : les autorisations d'exploitation d'un réseau de télécommunications imposent aux opérateurs autorisés l'obligation de communiquer "sans délai" à l'ART toute modification de leur capital<sup>69</sup>. L'ART peut ainsi vérifier la

---

Décision n° 99-716 de l'ART en date du 9 septembre 1999 se prononçant sur un différend entre Spacotel et France Télécom, dans le même sens : Décision n° 98 - 506 de l'ART en date du 24 juin 1998 se prononçant sur un différend entre Copper Communications et France Télécom concernant la résiliation d'un contrat. Le service télématique diffusait des "histoires pour adultes" <http://art-telecom.fr>

<sup>67</sup> Décision n° 99-716 précitée : " Spacotel expose que l'alternative à la compétence de l'Autorité serait celle du Conseil de la concurrence." L'ART réplique que " les contestations relatives aux décisions de France Télécom refusant l'accès à son réseau pour des motifs d'ordre déontologique ne peuvent être portées que devant le juge judiciaire".

<sup>68</sup> Apparemment, il n'y a pas eu de divergence sur les modalités d'attribution des licences UMTS : Ph. Mabile et N. Madelaine, "UMTS : un compromis qui devrait favoriser les opérateurs nationaux", *Les Echos* 7 juin 2000 p. 20

<sup>69</sup> Clause "p" : *L'opérateur ... s'engage notamment à communiquer à l'Autorité de régulation des télécommunications les informations suivantes :*

compatibilité de cette modification avec les conditions qui ont prévalu lors de l'octroi de l'autorisation. Toutefois, ce contrôle ne semble porter que sur la composition du capital de l'opérateur. L'art. L.33-1 III limite en effet la part des capitaux étrangers pour les sociétés qui exploitent un réseau ouvert au public.

D'autres obstacles à la concurrence surgissent. Ainsi, l'art. L 1511-6 du code général des collectivités territoriales, tel qu'il résulte de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 dispose que les collectivités territoriales ne peuvent créer des infrastructures de télécommunications que lorsque l'offre du marché est insuffisante. Cette loi est certes conforme à la doctrine traditionnelle du droit administratif, mais elle est contraire à l'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 1<sup>er</sup> déc. 1998<sup>70</sup>.

Ingeborg KRIMMER

---

• *sans délai, toute modification dans le capital et les droits de vote de l'opérateur autorisé et, dans le cas des sociétés cotées en bourse, toute déclaration de franchissement de seuil ou modification des membres du conseil d'administration ;*

<sup>70</sup> Y. Laidié, note sous Tribunal administratif de Nancy, 18 mars 1999, *Dalloz* 1999, jur. P. 617

# **Rapports entre l'ART et d'autres autorités de régulation en matière de concurrence**

Geneviève Cammas  
Maître de conférences à l'Université  
De Toulon

## Rapports entre l'A.R.T. et d'autres autorités de régulation en matière de concurrence

Une autorité administrative indépendante, l'A.R.T., a été créée dans le secteur des télécommunications, longtemps monopole public, pour conduire à sa libéralisation par le biais d'une régulation. Cette mission est partagée, notamment, avec le ministre chargé des télécommunications. On peut concevoir deux modèles de régulation dans ce cas<sup>1</sup>:

- soit cette dernière a pour fonction de mettre en œuvre une politique publique;
- soit il s'agit d'une magistrature économique tendant à une recherche d'équilibre entre les concurrents et les représentants d'autres intérêts en cause.

L'A.R.T. ayant une mission de régulation de la concurrence dans le secteur des télécommunications, il faut s'interroger sur ses rapports avec le conseil de la concurrence, en charge du droit de la concurrence sur les bases des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986<sup>2</sup>. En créant l'A.R.T., la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications<sup>3</sup> précise certaines de ses prérogatives en ce domaine sans qu'on puisse déterminer clairement les compétences respectives de cette dernière et du conseil de la concurrence. Comme le secteur des télécommunications, en pleine expansion, a lui-même des frontières mouvantes, on s'interroge sur l'opportunité d'une coexistence entre plusieurs AAI dans des secteurs voisins. On pense, en particulier, au CSA. Se pose donc véritablement un problème de délimitation des compétences dont les clés peuvent se trouver dans un approfondissement de la notion de régulation.

Généralement, les explications proposées conduisent à penser que le conseil de la concurrence est le régulateur de droit commun de la concurrence alors que l'A.R.T. devrait se cantonner à son secteur particulier.

Dans cette optique, soit on peut concevoir un organe sectoriel sur lequel les pouvoirs publics auraient la main mise parce qu'ils considèreraient que le secteur en question relève, pour partie au moins, du politique. Dans le cadre juridique posé par la loi du 26 juillet 1996, dont le socle repose sur deux directives européennes imposant la libéralisation du secteur des télécommunications<sup>4</sup>, la présence des pouvoirs publics palpable dans l'organisation de l'A.R.T., serait justifiée par la nécessité d'un accompagnement des pouvoirs publics vers la libéralisation pour veiller au respect de certains intérêts collectifs, en particulier pour garantir le maintien d'un service universel. L'objet de la réforme a essentiellement pour but de concilier l'ouverture intégrale du marché des télécommunications à la concurrence avec le maintien d'un service public de qualité. Ceci a conduit à la recherche délicate d'un équilibre entre les contraintes imposées à l'opérateur historique, obligé d'ouvrir son réseau aux concurrents, et les obligations des nouveaux opérateurs, tenus de participer au financement du service universel<sup>5</sup>. Si la fonction de l'A.R.T. trouve son fondement dans cette explication, son existence ne peut être que transitoire, jusqu'à obtention de cet équilibre.

Soit on peut considérer que le secteur est caractérisé par une forte spécificité technique nécessitant une régulation concurrentielle de nature particulière, en amont et en aval. Le conseil de la concurrence serait alors en charge des questions de concurrence de droit commun. L'A.R.T. élaborerait des solutions adaptées aux problèmes techniques influant sur la concurrence, ce qui

<sup>1</sup> 1 H.Dumez et A.Jeuenaître: Les institutions de la régulation des marchés; étude de quelques modèles de référence, RIDE 1999, p.11; ces auteurs distinguent entre cinq modèles.

<sup>2</sup> Contribution Ingeborg Krimmer

<sup>3</sup> JO 27 juillet 1996, p.11384

<sup>4</sup> Directives 90/387 et 90/388 CEE, JOCE.L.192/1 décidant d'une instauration de la concurrence sur les services et la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications; plus tard, le conseil des ministres de la communauté décidera la généralisation de la concurrence à tous les services à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998 et la suppression des monopoles sur les infrastructures.

<sup>5</sup> 4 J.Chevallier, La mise en œuvre de la réforme des télécommunications, RFD adm nov-déc 1997, p.1115

justifie une coopération entre les eux AAI<sup>6</sup>. L'autorité s'est voulue neutre dans les choix technologiques alors même qu'ils étaient de nature à modifier les conditions de concurrence. Elle a dû définir des équilibres équitables. Il a semblé que, pour des raisons d'aménagement du territoire, il valait mieux que les nouveaux opérateurs se connectent au réseau déjà existant appartenant à France Télécom. En même temps, les pouvoirs publics souhaitaient conserver le monopole sur la boucle locale de cette entreprise qui avait été désignée exclusivement pour supporter la charge du service public. Cela permettait uniquement à France Télécom d'être relié directement à la prise de l'utilisateur final. Du coup, le rôle de l'A.R.T. sur le contenu des contrats d'interconnexion est devenu fondamental, notamment par le contrôle des conditions d'interconnexion, sur un même réseau ou entre des réseaux de type différents, tels que celui de téléphonie fixe et ceux de téléphonie mobile. L'A.R.T. a dû aussi contrôler les règles d'attribution des préfixes contribuant à la formation d'un numéro. Elle n'a pas pu ignorer les évolutions technologiques permettant d'offrir aux clients une gamme de services plus large. Toutes ces décisions techniques ont une influence sur l'état de la concurrence dans les télécommunications. La mission de l'A.R.T. consiste à élaborer des normes techniques selon un processus apte à favoriser la pacification des rapports, à prendre en compte les évolutions technologiques et à prononcer des sanctions si nécessaire, pour pouvoir dégager un équilibre non encore atteint.

Dans la présentation du rapport d'activité de l'A.R.T. pour 1998, le président de cette institution, M.Hubert, définit la régulation de la façon suivante: "C'est l'application d'un cadre général; c'est le point de cohérence entre une réglementation stable et un marché en évolution. Dans tous les pays de l'Union Européenne, elle a été confiée à une autorité indépendante. La régulation, c'est donc, dans le cadre de la réglementation, une action fondée davantage sur des décisions individuelles que sur l'édiction de règles générales. C'est l'application soutenue de principes à des cas particuliers qui évoluent constamment. L'autorité a donc vocation, en coordonnant l'ensemble des décisions individuelles intéressant le développement et l'ouverture du secteur des télécommunications, à faire apparaître les lignes stratégiques de la régulation nécessaires au développement du marché". On peut supposer que c'est pour dégager ces lignes stratégiques que l'A.R.T. joue pleinement la carte de la transparence et communique très facilement, non seulement avec le public mais aussi avec tous les acteurs qu'elle consulte régulièrement. Le président ajoute, que s'agissant des sanctions, l'A.R.T. n'y a pas encore recouru, mais que ce n'est pas un oubli. En effet, un temps d'adaptation, de discussion, de recherche d'équilibre doit être aménagé. Par ailleurs, le président ne cache pas qu'il conçoit la mission de l'A.R.T. comme une mission transitoire, en attendant que l'équilibre entre les différents acteurs du marché soit trouvé. Le temps sera alors venu de considérer que ce marché doit être soumis au droit commun de la concurrence, rendant inutile le maintien de l'institution.

L'actualité semble confirmer cette qualification d'autorité sectorielle et renforcer l'idée que le marché des télécommunications pose essentiellement des questions de concurrence dont la réponse est pour l'instant influencée par des innovations technologiques. Cependant, une autre explication de la régulation, plus globale, serait de nature à renforcer l'intérêt de l'existence d'une autorité de régulation des télécommunications qui n'aurait plus seulement pour mission d'épauler le conseil de la concurrence dans l'organisation du marché mais viserait aussi une régulation de l'économie des réseaux qu'on pourrait qualifier de naturels. Cette optique serait justifiée par l'influence des nouvelles technologies sur tous les rouages de la société.

## I/ Une régulation sectorielle

<sup>6</sup> 5 Parmi les 140 personnes travaillant pour l'autorité des télécommunications, la plupart sont ingénieurs, souvent polytechniciens. Leurs choix techniques doivent être mis en forme pour s'inscrire dans le cadre juridique du secteur des télécommunications

Cette conception est revendiquée par l'autorité elle-même et résulte de l'interprétation des termes de la loi du 26 juillet 1996 encore que, se comprenant dans un contexte de libéralisation d'un secteur de l'économie, il faut constater que dans un premier temps, la volonté du législateur a été d'affirmer la spécificité de ce secteur pour la défense d'un service universel mais que, dans un second temps, la règle du marché s'est imposée, en conférant une envergure de premier plan à la concurrence, objet de la régulation. Dans ce contexte, la décision de confier la charge du service universel à France Télécom peut être interprétée comme de nature politique car il était possible d'envisager une répartition de ces services entre différents opérateurs comme d'autres pays l'ont fait<sup>7</sup>. Elle relève de l'idée que seul un monopole public est capable d'assumer un service public) digne de ce nom.

Cependant, la conception française de l'organisation des monopoles dits naturels est peut-être trop isolée pour pouvoir résister au droit européen, d'autant plus que la modernisation rapide du marché résulte de la concurrence déjà instaurée.

Le principe de la libéralisation du secteur des télécommunications posé dans la loi de 1996 n'est qu'une étape de plus dans le processus déjà amorcé dans la loi n°90-170 du 29 décembre 1990. Ce dernier était déjà justifié à cette époque par les évolutions technologiques et par leurs conséquences sur l'économie. Cette tendance n'a fait que s'accroître et a renforcé l'influence de la concurrence dans ce domaine, ce qui conduit à s'interroger sur les rapports entre l'A.R.T. et le conseil de la concurrence. Les compétences techniques de l'A.R.T. se révèlent très utiles pour épauler le conseil de la concurrence tant la nature des évolutions technologiques a pu modifier les rapports de concurrence sur le marché des télécommunications. Dans un premier temps, ce marché a pu bénéficier d'une mise en concurrence de différentes technologies appliquées aux réseaux de télécommunications. Mais très vite, d'autres progrès ont remis en cause les contours du marché.

## A/ La concurrence des réseaux

Plusieurs opérateurs ont manifesté leur volonté de porter atteinte au statut isolé d'opérateur puissant de France Télécom même si personne ne s'est proposé pour relever le gant de la concurrence dans le domaine du service universel. D'abord, certains ont fait le choix de développer d'autres réseaux que celui de France Télécom, puis d'autres ont entrepris d'obtenir le démantèlement de la boucle locale.

### 1/ Une pluralité de réseaux

Certains opérateurs se sont dits prêts à utiliser d'autres réseaux que celui de France Télécom, et quelquefois à construire de nouveaux réseaux, les retombées de gains de nouvelles parts de marché devant compenser les investissements. D'un point de vue politique comme d'un point de vue économique, il avait paru raisonnable de faire le choix du partage d'un seul réseau entre différents opérateurs. Les pouvoirs publics ne souhaitaient pas que la concurrence ait des effets difficilement maîtrisables sur l'aménagement du territoire. On sait les difficultés engendrées par la mise en place des différents réseaux de téléphonie mobile en situation de concurrence. Les opérateurs craignaient l'importance des investissements à effectuer pour disposer d'un réseau capable de concurrencer celui de France Télécom. Mais aujourd'hui, il existe d'autres techniques de communication que celle de la téléphonie permettant d'offrir des services variés allant de la téléphonie à l'audiovisuel et à l'Internet. Le nombre et la qualité des services proposés sur un réseau

<sup>7</sup> une consultation publique avait été lancée pour déterminer qui serait le plus à même d'assurer un service universel de qualité dans la continuité. La société ATT avait estimé que les fournisseurs alternatifs (passage par d'autres réseaux que celui de transmission de la voix) pouvaient être en mesure de répondre aux besoins du service universel à un moindre coût en faisant appel à des technologies différentes telles que les communications mobiles.

peuvent modifier l'appréciation quant à la charge de l'investissement à mener au regard des gains engendrés par la conquête de nouveaux marchés.

D'autres ont préféré concurrencer France Télécom sur son activité de base, la téléphonie, en empruntant d'autres réseaux déjà existants que celui de France Télécom, par exemple le réseau SNCF. On relève des projets plus ou moins avancés comme ceux d'Interroute, de GTS Hermès, de KPNQwest, de MCI Worldcom, etc... Alcatel est aussi impliquée dans un réseau radio permettant la fourniture de services liés à un haut débit<sup>8</sup>. Certaines villes françaises comme Lyon ou Marseille bénéficient de plusieurs réseaux alternatifs construits à partir du câble, de la radio ou du satellite. Cette mise en concurrence de réseaux n'est devenue effective qu'à la suite de l'élargissement des possibilités en matière de services allant au delà de la seule téléphonie. Mais elle a été freinée par le maintien du monopole de la boucle locale, c'est à dire l'accès direct au client et une exclusivité des communications locales, au bénéfice de France Télécom alors qu'en l'état actuel, c'est le segment le plus rentable<sup>9</sup>. Même les opérateurs sur réseau de téléphonie mobile qui ont été placés sur un plan d'égalité avec France Télécom, ont attendu les téléphones de troisième génération permettant la fourniture d'une multitude de services pour que la question de la qualité et de l'universalité soit vraiment posée, essentiellement par détermination des modalités de dégroupage de la boucle locale.

## 2/ Les modalités de dégroupage de la boucle locale à l'ordre du jour

Le fil de cuivre qui relie un opérateur à un client semble, en l'état actuel, le passage obligé du réseau, ce qui a conduit plusieurs opérateurs à contester le monopole de la boucle locale détenu par France Télécom. Cette entreprise a d'abord eu le soutien du ministre qui a dû céder face aux pressions. L'idée d'un dégroupage de la boucle locale radio a été très vite admise et mise en œuvre par un appel à candidatures le 30 novembre 1999. Mais plus personne n'ignore que le réseau le plus étendu et le plus à même de favoriser un contact avec le plus grand nombre de clients est celui de France Télécom. Les concurrents de l'opérateur historique demandent donc le débouclage de sa boucle locale, notamment en revendiquant le droit de partager avec lui l'utilisation de la technique ADSL permettant la transmission de données à haut débit sur le fil de cuivre. L'A.R.T. comme le conseil de la concurrence ont poussé France Télécom sur ce chemin de la concurrence<sup>10</sup>. L'objet du litige portait sur le partage de la technique de l'ADSL. Sur la base des travaux menés depuis 1998 par l'A.R.T., il ressort que deux options peuvent être envisagées par les acteurs du marché: soit l'accès direct à la paire de cuivre dont France Télécom est propriétaire, soit un passage par un circuit dit virtuel, supposant de faire appel à des routeurs, chargés du transport des données à haut débit entre le client et l'opérateur. Ces deux solutions s'appuient sur l'infrastructure appartenant à France Télécom, car il apparaît, qu'en l'état actuel, sans pouvoir présager de l'avenir, elle est la seule solution efficace et raisonnable en terme de coûts. Aucun autre réseau n'est comparable à celui de France Télécom pour couvrir l'ensemble du territoire et autant de clients directement sauf à procéder à des investissements très lourds. Dans l'alternative proposée, la seconde solution qui préserve davantage la liberté d'action des différents acteurs présente l'inconvénient, pour les

---

<sup>8</sup> Les échos, 21 juin 1999, p.20: Interroute, opérateur de télécommunications, a fait connaître son projet de réaliser, en étroite association avec Alcatel, la construction d'un vaste réseau européen de télécommunications en fibre optique permettant les transmissions à haut débit, projet de nature à concurrencer le réseau filaire de France Télécom

<sup>9</sup> De plus France Télécom est présent sur tous les segments. Dans son avis n°99-582 du 7 juillet 1999, l'A.R.T. procède à une description du marché des télécommunications à partir de ses différents segments et constate que France Télécom intervient sur tous les segments, directement ou par l'intermédiaire de filiales, non seulement au stade de la boucle locale, mais aussi au niveau du transport de données et en tant que fournisseur de l'ensemble des opérateurs de transport de données et des ISP à travers ses liaisons nouées;

<sup>10</sup> avis 00-28 de l'A.R.T. du 7 janvier 2000 relatif à la demande d'avis du conseil de la concurrence sur la saisine et la demande de mesures conservatoires présentées par 9 telecom relatives à certaines pratiques de France Télécom et décision du conseil de la concurrence du 18 février 2000 qui a donné partiellement raison à 9 Télécom en donnant huit semaines à France Télécom pour faire de la place aux autres sur son réseau

opérateurs autre que France Télécom de ne pouvoir maîtriser la qualité et la sécurité du branchement auprès du client final comme l'a montré un litige récent<sup>11</sup>. L'infrastructure de France Télécom est par essence une infrastructure essentielle au sens du droit de la concurrence de source nationale ou communautaire. L'autorité constate également dans la décision rendue à propos de ce litige que le déploiement massif et rapide de l'ADSL par France Télécom est de nature à constituer des entraves à la concurrence. Il faut noter toutefois que si le conseil de la concurrence a imposé des délais à cet opérateur puissant pour permettre aux autres opérateurs d'effectuer les travaux de connexion nécessaires, il n'a pas jugé nécessaire d'arrêter France Télécom dans son déploiement. Il résulte de ce différend comme de celui qui a pu naître entre différents fournisseurs d'accès à Internet que la maîtrise de la technique de l'ADSL n'est pas encore maîtrisée, que nul ne sait si cette technique du haut débit est la plus intéressante<sup>12</sup>. C'est la raison pour laquelle les concurrents de France Télécom demandent systématiquement du temps aux autorités de marché pour s'adapter.

Le débat a été ensuite influencé par l'évolution technologique jusqu'à s'interroger sur les contours du marché avec le développement d'Internet, à tel point qu'on peut penser que les communications téléphoniques, à terme, ne seront plus payées par le client qui n'aura à supporter que le transport des données équivalent aux services commandés<sup>13</sup>.

## **B/ Progrès technologiques et contours du marché**

Certains défis technologiques sont de nature à modifier l'organisation du marché établie sur une distinction conceptuelle entre réseau et service.

### **1/ Les nouvelles technologies**

Elles concernent l'internet rapide et les mobiles dits de troisième génération permettant d'accéder à l'internet directement.

Dorénavant les opérateurs comme les fournisseurs de services envisagent toutes les possibilités offertes notamment par la technique de l'ADSL. Les essais menés par France Télécom en utilisant l'infrastructure essentielle dont elle est propriétaire lui ont permis de tester avant d'autres acteurs les goûts des usagers en matière de services et ainsi d'avoir une idée précise du contenu des services à offrir. Dans ce domaine, l'avance technologique contribue fortement à l'image globale des opérateurs et a un effet non négligeable sur la concurrence. Déjà le litige opposant France Télécom à certains réseaux cablés exprimait ces enjeux liés à Internet. Pourtant, c'est bien le développement d'Internet qui est à l'origine d'un élargissement des services proposé à l'utilisateur du téléphone, technologie à laquelle n'a pas contribué France Télécom qui disposait de la connaissance de l'ADSL depuis longtemps sans s'interroger sur la manière de l'utiliser pour améliorer le service rendu.

En ce qui concerne les mobiles, les réseaux cellulaires actuels ont été optimisés pour la transmission de la voix, accessoirement celle des données. Pour pouvoir accéder à tous les services d'internet par le biais des mobiles, l'architecture du réseau des mobiles doit évoluer. La norme européenne GSM (global system for mobile telecommunications) doit céder la place à une échéance prochaine à une nouvelle norme de transmission, UMTS (universal mobile telecommunications system) pour permettre des échanges de données multimédia (voix, données,

<sup>11</sup> Décision n°00-30 de l'A.R.T. du 5 janvier 2000 se prononçant sur un différend entre Télécom développement et France Télécom relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés du réseau France Télécom.

<sup>12</sup> Cinq technologies sont actuellement en concurrence pour la proposition de services par transfert de données aux usagers. La plupart des particuliers sont, pour l'instant, contactés à partir des lignes téléphoniques à bas débit destinées au web. Une minorité fait appel au satellite ou aux réseaux cablés ainsi qu'aux technologies à haut débit. Quelques uns ont accès aux réseaux semi-rapides (RNIS) L'arrivée de la vidéo sur le web va précipiter la demande des transmissions à haut débit sans qu'on soit certain des choix qui seront opérés. Les Echos 11 mars 2000, p.73

<sup>13</sup> Position d'un routeur, Cisco exprimée dans le Monde, 28 mars 2000, p.20

images animées) à haut débit entre Internet et un mobile, quel que soit le lieu de situation du mobile. La transformation d'un téléphone mobile en ordinateur de poche aiguillonne ainsi le marché de l'informatique.

Si on reste dans le domaine limité des télécommunications, on constate qu'une concurrence est possible entre différents types de réseaux: le réseau de cuivre de France Télécom en France, les réseaux cablés et les réseaux de radio. Mais ces réseaux sont d'ores et déjà en concurrence avec l'informatique, mais aussi l'audiovisuel. Dans ce contexte, le support à la transmission de données devient indifférent. L'accès au client, consommateur de services devient essentiel. Cette mutation apparaît dans les mouvements d'alliances et d'acquisitions constatés ces derniers temps sur le marché<sup>14</sup>. La maîtrise du "portail" devient essentielle. Elle est visée aussi bien par les opérateurs, les fabricants de terminaux, les concepteurs de services, qui veulent tous proposer dans un portail ou passage contrôlé les services attendus en nombre par les clients. Cela suppose une connaissance approfondie de celui-ci pour qu'il reconnaisse ce portail du nombre incalculable de sites sur Internet. On comprend alors l'âpreté de la bataille et les enjeux en cause dans la maîtrise de la technique de l'ADSL au stade des prises téléphoniques figurant dans tous les foyers. Le développement de cette technologie influence également la concurrence entre les réseaux de téléphone fixe et les réseaux de téléphone mobile. Pour se développer, ces derniers ont multiplié les offres promotionnelles, allant jusqu'à offrir l'équipement en échange d'un abonnement d'une certaine durée. Dans ce contexte, la rentabilité d'un réseau dont la construction a supposé de lourds investissements se trouvera dans la multiplication des communications téléphoniques. Il est donc essentiel de proposer sur un site de nombreux services aptes à intéresser le consommateur, d'autant plus qu'au prix de la communication téléphonique, il faudra ajouter le versement d'une commission calculée sur le chiffre d'affaires des services. D'ailleurs, la valorisation en bourse de ces sociétés se calcule sur la base des abonnements obtenus.

## 2/ Une nouvelle organisation

Les réseaux de transmission de la voix, mais aujourd'hui tous les réseaux qui facilitent la transmission de données sont objet de concurrence<sup>15</sup>. Il apparaît alors normal que le conseil de la concurrence qui veille aux abus d'ententes et de position dominante abusifs soit confronté à des questions de délimitation de marché. Jusqu'à présent, comme l'a fait la commission européenne dans son livre vert, les différents marchés ont bien été distingués. La question est d'autant plus complexe qu'il faut la relier à la volonté du législateur français de concilier concurrence et maintien d'un service public de qualité, ce qui suppose de prendre en compte les nouvelles technologies. L'action de l'A.R.T. en tant qu'autorité sectorielle, s'inscrit dans la recherche d'un équilibre à l'évidence évolutif. Dans ce contexte, le conseil de la concurrence et l'A.R.T. sont complémentaires, la mission de l'A.R.T. relevant de l'organisation du réseau des télécommunications. Mais quid des autres autorités sectorielles?

On peut constater que dans un premier temps, les revendications venant de nouveaux entrants sur le marché des télécommunications ne remettaient pas en cause l'organisation établie par la loi du 26 juillet 1996. Cette dernière confirme la distinction entre réseaux et services proposés

---

<sup>14</sup> Les opérateurs téléphoniques, les pionniers de l'informatique comme Microsoft ou ceux de l'internet comme yahoo ne sont pas les seuls à vouloir maîtriser l'accès à ce marché décloisonné de la société d'informations. les équipementiers tels que Nokia, Motorola, Alcatel ont perçu la nature des enjeux. Ces mêmes équipementiers ont pu passer des accords de nature à sécuriser le commerce sur Internet, ainsi Gemplus, le promoteur de la carte à puces a-t-il été particulièrement courtisé. Il est difficile aujourd'hui de prédire qui gagnera la bataille. Voir Le Monde 22 février 2000 *les portails, nerf de la guerre du m.commerce*

<sup>15</sup> Des questions du même ordre se posent pour la télévision numérique, qui devront être envisagées dans le projet de loi sur la société de l'information., à savoir la multiplicité des acteurs aux fonctions différentes, et la détermination de leurs rôles respectifs

sur ces réseaux<sup>16</sup>. Cette distinction s'est jusqu'ici révélée fondamentale car elle influe sur le statut des différentes catégories d'intermédiaires appelés à faire fonctionner ce marché. On distingue entre les opérateurs sur réseau et les fournisseurs de services sur ces réseaux, l'interconnexion réglant les relations passées entre les uns et les autres<sup>17</sup>. Les réseaux pris en compte sont ceux qui sont ouverts au public dans le but de leur offrir des services de télécommunications. Pour répondre à cette mission, ils doivent répondre à certaines caractéristiques telles que la permanence, la qualité et la disponibilité du réseau, la confidentialité, les normes exigées par la protection de l'environnement, l'aménagement du territoire, etc...<sup>18</sup> Le principe de liberté de fourniture des services est posé dans l'article L.34 de la loi de 1996. La notion de contrat d'interconnexion est fondamentale pour déterminer, dans ce cadre, la nature des obligations imputables aux uns et aux autres, afin que la concurrence n'en soit pas affectée. Un exemple en a été donné récemment dans lequel l'A.R.T. a dû préciser les relations entre France Télécom et Télécom Développement<sup>19</sup>.

Une telle conception de la régulation des télécommunications par l'A.R.T. à côté du ministre de l'économie, du conseil de la concurrence et du conseil d'état ne fait de celle-là qu'une autorité à l'espérance de vie limitée, ce que concède son président. Toutefois, ce dernier considère que l'évolution des technologies est loin d'avoir produit ses effets sur le marché des télécommunications, ce qui fait que l'action de l'A.R.T. n'est pas prête d'arriver à son terme. Pourtant, cette évolution conduit à s'interroger sur la pertinence d'une distinction entre le ou les réseaux entre les mains des opérateurs et les services proposés par les distributeurs car le temps n'est pas loin où le support deviendra indifférent et que seuls compteront les services proposés à l'utilisateur. On pourrait penser que le terme de ce processus pousse les télécommunications dans le droit commun de la concurrence sans nuances. Or, la communication et l'information ne relèvent pas que de l'esprit du commerce, du marché. Ils peuvent même constituer les nouveaux fondements, non seulement d'une nouvelle économie plus ouverte, mais aussi d'une nouvelle société dont les rapports ne seront pas uniquement soumis au droit de la concurrence. Toutes ces technologies ont pour but de faciliter l'accès à l'Internet qui est, à la fois, un moyen de communiquer avec des personnes à titre privé ou dans le cadre d'un forum, de faire aussi du commerce. Cet outil prétend à la fois développer les échanges et insuffler un nouvel esprit de liberté entre les individus. Cette multifonctionnalité conduit à s'interroger sur l'intérêt d'une distinction entre globalisation et mondialisation qui serait à même de fournir des pistes de réflexion sur un modèle de régulation de l'ensemble des réseaux transportant des données immatérielles.

## II/ Les intérêts attachés à une régulation globale

Dans un ouvrage consacré à la mondialisation financière, F.Chesnais rappelle l'origine anglaise de la globalisation dont la traduction serait plutôt intégration. Ce phénomène de décloisonnement a des effets assez proches de ceux de la mondialisation, en particulier la tendance à l'uniformisation du droit<sup>20</sup>. Mme Delmas-Marty procède à la même assimilation<sup>21</sup>, J.Chevalier aussi<sup>22</sup>. Selon l'interprétation donnée par ces auteurs, la mondialisation ou globalisation est une conséquence de l'organisation du marché par la concurrence. Le phénomène de mondialisation ne

---

<sup>16</sup> Chapitre IV de la loi de 1996: section I consacrée aux réseaux et section II relative aux services.

<sup>17</sup> A.R.T. L.34-8

<sup>18</sup> A.R.T. L.33-1

<sup>19</sup> Décision n°00-30 du 5 janvier 2000

<sup>20</sup> F.Chesnais: *La mondialisation économique*, alternatives Economiques, 1996, p.11: le terme anglais de globalisation traduit la capacité stratégique d'un grand groupe oligopolistique d'adopter une approche et une conduite globales portant simultanément sur les marchés à demande solvable, les sources d'approvisionnement, la localisation de la production industrielle et les stratégies des principaux concurrents.

<sup>21</sup> M.Delmas-Marty: *la mondialisation du droit: chances et risques*, D.1999, P.43

<sup>22</sup> J.Chevalier, *Les mutations du secteur français de la communication- opérateurs globaux et instances de régulation*, RIDE 1999-1, p.43

peut être ignoré par les régulateurs de la concurrence. Très tôt, J.Chevalier avait noté que si certains mettaient en avant la spécificité des entreprises de réseau ayant bénéficié de monopoles naturels, cette industrie comme les autres a subi les bouleversements liés à l'intégration et à l'internationalisation du secteur<sup>23</sup>. On assiste aujourd'hui avec le triomphe d'Internet à un décloisonnement de marchés jusqu'ici différents, télécommunication, télévision, etc.; ce qui relève du mouvement d'intégration ou de globalisation dans le sens le plus généralement retenu.

Une autre conception insiste davantage sur le détachement opéré entre le rapport de droit et le sujet de droit en considérant qu'une appréhension juridique de flux immatériels conduit à une transformation des organisations. Ainsi, pour Mme Frison-Roche<sup>24</sup>, la structure du marché financier diverge d'une organisation classique dans la mesure où le marché secrète lui-même les règles relatives au contenu des droits et obligations des acteurs au détriment de la volonté des sujets de droit, Etats ou acteurs, ce qui fait des objets des souverains et porte atteinte à la force de la volonté.

Cependant, si cette explication est intéressante, elle ne suffit pas à expliquer la transformation des règles tirées du droit commun par un droit spécifique, ici le droit financier. En effet, l'appréhension du virtuel suppose de se préserver du faux comme de l'avenir, ce qui passe par un changement d'état, la dématérialisation en droit financier<sup>25</sup>. Cette mutation n'est pas à rattacher au droit de la concurrence. Elle se traduit, non seulement par la perte plus ou moins poussée du rattachement à une personne juridique, mais encore par la suppression des repères dans l'espace et dans le temps.

La globalisation, telle qu'elle est entendue ici, permet de caractériser la spécificité d'une communication passant par des réseaux de transmissions de données dans la mesure où l'échange de données concerne davantage des flux difficiles à situer sur le réseau que les intervenants. On a pu constater que l'A.R.T. avait été sollicitée pour donner son avis quant à l'étendue des obligations des différents intermédiaires intervenant sur le réseau pour fournir des services de nature variable sans qu'il soit toujours facile d'attribuer à chacun ce qui lui revient pour respecter des principes d'équité, de proportionnalité liés au rôle de l'infrastructure essentielle. Une régulation ayant pour objet le traitement de flux immatériels ne va pas sans rappeler l'expérience acquise en matière financière qui a abouti à la naissance d'une branche du droit spécifique autour des notions de flux et d'intermédiaires. Ces éléments apparaissent caractéristiques des réseaux accumulant des données immatérielles. Mais cette conception de la globalisation ne permet pas d'échapper totalement au droit de la concurrence. Une régulation d'un type nouveau doit résulter de ces nouvelles organisations.

## **A/ Les éléments appelant une nouvelle régulation**

D'une part, les flux immatériels devront être pris en considération de telle façon qu'ils seront valorisés. Différents acteurs à des stades différents de l'organisation vont se disputer le pouvoir au sein de cette organisation.

### **1/ Les flux immatériels**

Les services paraissent aujourd'hui plus importants que le support sur lequel ils transitent. L'organisation de l'ensemble doit être telle qu'elle valorise les services de façon que ces derniers apparaissent comme une utilité pour le consommateur. L'intérêt du consommateur est d'ailleurs difficile à déterminer dans cette période de mutation, ce que démontrent les hésitations rencontrées en matière de tarification et de contenu du service universel.

---

<sup>23</sup> J.Chevalier, op cité

<sup>24</sup> M.Frison-Roche, *Mélanges Jeantin: Le droit financier entre volontés et informations*, D.99

<sup>25</sup> M.Germain, *Sociologie de la dématérialisation dans Archives de philosophie du droit*, tome 42: L'argent et le droit, Sirey 1998, p.108

En l'état actuel, la rareté ne peut exister sur le réseau de l'internet car les acteurs ne disposent pas du temps nécessaire pour l'organiser. Il en résulte des méthodes de tarification différentes de celles qu'on a pu voir se développer auparavant dans les télécommunications ou la télévision, mêmes sur les réseaux cryptés<sup>26</sup>. L'abonnement, le paiement des communications peuvent paraître dépassés en raison des informations que le consommateur apporte à celui qui fournit le service demandé, contribuant ainsi à l'enrichissement de ce dernier. Le mode de contact le plus efficace du plus grand nombre de clients attirés par des services qu'ils recherchent déterminera la bonne technologie et par conséquent la bonne boucle locale. C'est pour cette raison que les opérateurs concurrents de France Télécom ont demandé aux autorités régulatrices le statu quo dans le déploiement de la technologie de l'ADSL pour se donner le temps de procéder aux bons choix en matière technologique. Ils n'ont pas obtenu satisfaction sur ce point, le conseil de la concurrence enjoignant simplement à France Télécom de partager la boucle locale. Il faut donc s'interroger sur la licéité de la fourniture gratuite de services tels que l'accès aux programmes numériques de toutes sortes, si la rémunération de ces services peut se trouver dans les commissions versées entre les différents intermédiaires concourant au fonctionnement du réseau, dans le recours à la publicité, et dans la valorisation boursière des sociétés de la nouvelle économie, établie généralement sur le nombre actuel d'abonnements.

Le moyen d'offrir la palette la plus vaste de services au consommateur à domicile est incontestablement Internet. Mais reste à déterminer le moyen le plus efficace de faire accéder cette technique au plus grand nombre. C'est nécessaire pour qu'Internet entre dans la gamme de services inclus dans le service universel.

C'est une des raisons pour lesquelles l'A.R.T. demande à ce que les pouvoirs publics précisent les principes d'organisation face à cette évolution technologique, qu'il est particulièrement difficile pour elle d'appliquer les principes de transparence tarifaire de nature à éclairer le consommateur. Elle considère qu'elle ne peut que rester neutre dans le choix des technologies. La mutation du cadre technologique et économique doit entraîner une mutation du cadre juridique des réseaux de transmission au sein duquel les intermédiaires jouent un rôle essentiel.

## 2/ Les intermédiaires

Sur ce marché globalisé, sont en concurrence aujourd'hui les opérateurs, les fournisseurs de services, mais aussi les routeurs ou IP par lesquels il faudra passer pour que d'autres opérateurs que France Télécom aient accès à l'ADSL sans porter atteinte à la propriété du réseau de France Télécom, les fournisseurs d'accès à l'Internet et également les équipementiers. La loi du 2 juillet 1996 relative à la modernisation du marché financier a reconnu des statuts différents aux intermédiaires selon la nature de leurs activités, en particulier en fonction de leur contribution à la liquidité et la sécurité du marché<sup>27</sup>. Jusqu'à présent, pour préserver ces finalités, la régulation a pris en considération la contribution des différentes catégories d'intermédiaires à ces finalités. Elle est organisée autour d'une centralisation des opérations rendue possible essentiellement par la dématérialisation. La centralisation facilite à la fois la surveillance du risque et l'amenuisement du risque par annulation de flux opposés. L'importance de cette centralisation justifie l'édition de certaines obligations à la charge des différents intervenants, rendant complexe la détermination de leur source. Le contrat jouxte les codes de bonne conduite et le règlement ainsi que la loi. Le parallèle peut être fait à différents égards avec les réseaux de transmission de données. L'A.R.T a montré, dans ses avis comme dans ses communiqués l'influence de l'organisation technique du réseau, notamment pour déterminer les obligations des intermédiaires intervenant à différents stades, ces derniers étant par ailleurs liés par le contrat d'interconnexion à l'opérateur historique, ce

<sup>26</sup> Le cyberconsommateur, un tremplin pour la gratuité des services, Le Monde 18 mars 2000

<sup>27</sup> domaine d'application de l'article 52 de la loi MAF

qui engendre de nouvelles obligations<sup>28</sup>. Il s'agit de savoir aujourd'hui si cette organisation peut être indifférente à la qualité du service rendu au consommateur, du moins dans la partie sur laquelle le prestataire n'a pas la maîtrise. Si la réponse est négative, il faut préciser aussi quelles conditions seront imposées aux différents intermédiaires pour que le consommateur choisisse en toute transparence, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. Ce sont là les questions d'un futur proche pour une autorité de régulation des réseaux, l'A.R.T. considérant aujourd'hui que la protection du consommateur se trouve de manière indirecte dans le développement de la concurrence<sup>29</sup>.

De la même manière, en déterminant un cadre législatif pour les différents acteurs, le législateur doit préciser si un droit spécifique se justifie et quels sont ses critères d'application. S'interroger sur le contenu de la réglementation ou de la régulation ne sert à rien quand les normes sont ineffectives, ce qui peut être l'un des dangers des réseaux de transmission de données phagocytés par l'internet. Dans ce contexte, les qualifications juridiques revêtent une importance essentielle comme le rappelle Mme Frison-Roche<sup>30</sup>. D'ailleurs cette globalisation de différents marchés par Internet fragilise les régulations déjà mises en place, par exemple sur le marché financier avec le développement des marchés électroniques.

Si des précisions sur le cadre juridique des réseaux de transmission de données se révèlent de plus en plus nécessaires, il faut aussi réfléchir à l'architecture de la régulation.

## **B/ L'architecture de la régulation**

Deux conceptions s'opposent. Une première est liée à la prééminence de l'internet et à l'esprit de liberté qui caractérise le réseau des réseaux. Une seconde repose sur une corégulation, nécessairement de nature complexe car devant prendre en compte, d'une part la diversité des réseaux, d'autre part les influences respectives de la concurrence et de la virtualité des flux transmis.

### **1/ L'autorégulation**

Faut-il s'en tenir à une analyse concurrentielle alors qu'il apparaît de plus en plus à l'évidence, que l'internet placé au carrefour des routes de l'information transforme profondément la nature de l'économie, rendant finalement secondaire la multiplication des liaisons et des réseaux électroniques? C'est devenu un lieu commun que de prôner une régulation uniforme des réseaux<sup>31</sup> parce que désormais, "les technologies de l'information et de la communication, ainsi que la révolution numérique nous font entrer dans une nouvelle ère dont la caractéristique centrale est le transport instantané de données immatérielles<sup>32</sup>". Le cœur de la prolifération des liaisons et réseaux se trouve dans Internet. Or, l'Internet se veut un lieu de liberté. Ses pionniers regrettent déjà son entrée dans l'économie financiarisée. Aussi, si la nécessité d'une régulation est reconnue, nombreux sont ceux qui plaident pour des normes douces, des codes de conduite ou des chartes précisant les obligations des différents intermédiaires. De telles règles ne seraient effectives que sous l'influence de la concurrence et des professionnels devenus puissants et organisés sur le réseau des réseaux. Il semble que d'une part, même s'il s'agissait de ne réguler que l'Internet, il soit déjà trop tard pour qu'une telle régulation soit soutenable, d'autre part il s'agit plutôt de réguler uniformément

<sup>28</sup> Ainsi la détermination du lieu des plaques d'interconnexion comme leur tracé sont essentiels pour que chaque acteur, d'une part puisse évaluer ses charges, d'autre part soit en mesure de faire face à ses obligations dont le contenu pourra être précisé.

<sup>29</sup> On peut, peut-être regretter que le choix de la neutralité technologique soit fait. Il y a quelques années, la même démarche en matière de câble pour lesquels plusieurs solutions étaient proposées, a conduit à un retard de la France dans ce domaine par rapport à d'autres pays qui ont exprimé un choix technologique.

<sup>30</sup> M.A.Frison-Roche, *L'évolution du droit face à Internet*, Le Monde 21 mars 2000

<sup>31</sup> Synthèse de la réponse de l'A.R.T à la communication de la Commission le 9 février 2000, p.3

<sup>32</sup> I.Ramonet, *Nouvelle Economie, Le monde diplomatique*, avril 2000, p.1

l'ensemble des réseaux. Or, si les services prennent le pas sur les réseaux eux-mêmes, que ces services constituent le quotidien de la plupart des consommateurs, une architecture plus complexe doit être adoptée permettant à la fois l'expression de la concurrence et la mise en œuvre d'un service universel moderne et évolutif. La voie de la corégulation est le plus souvent proposée.

## **2/ La corégulation**

Celle-ci est utile à deux égards. Quand il s'agit de favoriser l'harmonisation ou l'unification du droit, elle offre des mécanismes de coopération permettant de franchir les obstacles liés aux cloisonnements. Mais elle peut contribuer aussi à la conciliation d'intérêts divergents, qu'ils soient d'origine privée ou publique.

### **a. La corégulation contre le cloisonnement**

La libéralisation du marché conduit à son décloisonnement et justifie ensuite une universalisation du droit. Celle-ci paraît la plus efficace pour rendre effective une norme applicable à des données immatérielles difficilement localisables dans le temps et l'espace. Le meilleur moyen d'y parvenir passe par la coopération entre les différentes autorités. Il s'agit d'abord d'une coopération interne entre les différentes autorités sectorielles et le conseil de la concurrence, en attendant une refonte éventuelle dans le sens d'une simplification en fonction des évolutions. C'est ce qu'on a constaté sur le marché financier quand le conseil des marchés financiers a remplacé le conseil des bourses de valeurs et le conseil des marchés à terme. Cette simplification permet d'éviter des hésitations en matière de qualification et donc de contribuer à la sécurité juridique<sup>33</sup>.

La coopération doit aussi s'exercer entre homologues étrangères. L'A.R.T. dispose déjà des moyens de mettre en œuvre cette coopération et peut alors assister les pouvoirs publics dans la détermination d'une stratégie de coopération internationale.

### **b. La corégulation au service de la conciliation entre intérêts divergents**

La corégulation apparaît également comme le meilleur moyen de concilier service universel, protection des consommateurs et développement de la concurrence dans un domaine qui semble devenir le cœur des sociétés futures. La loi de 1996 exprimait déjà ces deux objectifs que sont la libéralisation du secteur des télécommunications et le développement du service public sur ce réseau. Il en est résulté une régulation complexe, exercée au nom de l'Etat par le ministre de l'économie et par une autorité administrative indépendante, l'A.R.T.<sup>34</sup>. La commission supérieure des services publics des postes et télécommunications joue un rôle non négligeable. Un rapport annuel doit être remis au Parlement et au Gouvernement dont le contenu fait état du bilan de l'exercice du service public et des missions d'intérêt général, le rapport étant rédigé après que la commission ait pris connaissance du propre contenu du rapport de l'A.R.T. Le principe d'un service téléphonique à tous pour un prix abordable est posé.

Or les débats sur les techniques de tarification sont révélatrices des enjeux en cause. Un prix ne se calcule pas de la même façon sur un marché où règne la concurrence et dans un service public. La nature de ce prix diffère selon qu'elle est déterminée dans un contrat ou qu'elle est fixée par une autorité. A l'heure actuelle, dans les télécommunications, c'est le ministre qui fixe les tarifs. L'A.R.T. souhaiterait que cette prérogative lui soit attribuée, ce qui pourrait se concevoir si elle doit gérer le service public et veiller aux exclusions engendrées par la société de l'information. Certains des services rendus par le téléphone constituent à l'heure actuelle l'objet du service public. Mais

<sup>33</sup> M.A Frison-Roche, op cité note 30

<sup>34</sup> Ce sont les parlementaires de l'époque qui avaient obtenu des modifications substantielles du texte pour arriver, selon l'expression du ministre, à une libéralisation maîtrisée et équilibrée.

celui-ci doit évoluer à l'heure d'Internet. Les pouvoirs publics sont intervenus pour que le réseau soit présent dans les écoles. Ils doivent ensuite veiller à ce qu'il y ait des éducateurs capables de transmettre le savoir-faire lié à cette technologie. Compte tenu des implications liées à la mise en œuvre d'un service général, se pose donc la question de la répartition des compétences dans la gestion du service public.

La question des implications financières auxquelles sont sensibles les pouvoirs publics se prolonge avec l'attribution des licences (également de leur compétence) pour la troisième génération de téléphones mobiles. La plupart des pays ont choisi de recourir à la technique des enchères. La France semblait préférer une étude personnalisée de chaque offre afin de déterminer la meilleure en terme de prix et de qualité eu égard aux services qu'on pourrait inclure dans le service public. Mais les pouvoirs publics se sont rendus compte qu'ils se privaient ainsi de la manne financière liée à l'exercice des enchères. Aussi la question est à nouveau à l'étude.

La corégulation est alors justifiée quand il faut concilier des intérêts privés et des intérêts plus généraux. Il est possible qu'à ce stade, les normes issues de cette régulation ne soient pas universelles contrairement au premier type de régulation. Des moyens techniques doivent être mis en œuvre pour recréer les ancrages perdus des données devenues immatérielles. Chaque pays peut alors plus facilement appliquer son droit commun des contrats, son droit international privé, son droit pénal, son droit fiscal, etc... La spécificité de la régulation est tournée davantage vers l'organisation du marché globalisé et son fonctionnement. Elle touche essentiellement le statut des intermédiaires responsables de l'organisation et du fonctionnement. Elle rend essentielle la loi du marché en cause au détriment de la loi du lieu du siège du prestataire de services par exemple. Il faudra déterminer, ce qui n'est pas toujours évident aujourd'hui, les responsabilités des ces intermédiaires, notamment l'étendue du contrôle qu'ils peuvent exercer. En droit financier, progressivement, certaines normes ont été édictées par le législateur tandis que d'autres étaient d'inspiration déontologique<sup>35</sup>. Une telle répartition peut ici aussi être envisagée d'autant plus facilement que l'organisation des réseaux suppose plus généralement que dans la finance la centralisation à des points prédéfinis, lieux où peuvent se situer des contrôles. En matière de téléphonie, il s'agit des plaques mises en place par les opérateurs. Sur Internet, les sites d'hébergement sont faciles à localiser. S'il paraît difficile pour des raisons techniques de leur imposer un contrôle *a priori*, on peut admettre qu'ils aient une obligation de diligence quand ils sont informés d'une atteinte à la loi dans le lieu où ils sont situés. Il faut définir les statuts des certificateurs de noms, de clés cryptées, etc... Là encore, intérêts publics et privés sont intimement mêlés. Les pouvoirs publics souhaitent que la confidentialité des messages ne leur soit pas imposée quand l'intérêt général est en cause. La France a assoupli sa position pour ce qui touche l'identification et l'authentification afin de ne pas alourdir la gestion des échanges commerciaux. Ces ancrages juridiques étant rétablis, il suffit d'adapter le droit commun sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'élaboration d'une branche spéciale<sup>36</sup>.

L'équilibre entre les différents acteurs professionnels doit aussi être recherché au travers de la corégulation. On peut imaginer la création d'un collège placé au dessus des différentes autorités composé des parties intéressées en charge d'une surveillance globale, un peu comme le collège créé récemment dans la finance, représentant les différents métiers de la finance pour contribuer à la surveillance de la protection de l'épargne<sup>37</sup>.

L'une des difficultés les plus difficiles à résoudre réside dans la protection de la vie privée dont certains considèrent que dorénavant, elle ne pourra plus exister. Vraisemblablement faut-il faire de la CNIL, qui n'a pas démerité un supra régulateur, ce qui ne sera possible que s'il existe des mécanismes de régulation aux échelons inférieurs, aux points d'ancrage comme nous l'avons prévu.

---

<sup>35</sup> Certaines ont aujourd'hui une source légale dans la loi MAF

<sup>36</sup> Voir par exemple l'influence sur le droit de la preuve

<sup>37</sup> loi n°99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière

Ces objectifs montrent à quel point la régulation des réseaux et de leur contenu ne passe pas uniquement par la concurrence. Le constat doit être fait aussi de l'existence d'un véritable système qu'il faut à la fois continuellement surveiller et faire évoluer. L'A.R.T, avec d'autres autorités, doit voir son rôle perdurer au delà de la libéralisation complète du réseau des télécommunications.