

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'état des communications longue distance aux Etats-Unis

van der Mensbrugghe, François

Published in:

Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information

Publication date:

1998

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

van der Mensbrugghe, F 1998, 'L'état des communications longue distance aux Etats-Unis', *Revue Ubiquité - Droit des Technologies de l'Information*, numéro 1, pp. 111-120.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

et vice versa ce qui nécessitera une coordination pour éviter des décisions contradictoires relatives à une même infrastructure (utilisée pour des services de catégories différentes). Beaucoup de travail subsiste sur cette question de la coordination avant d'aboutir à un système efficace et transparent. A cet égard, le Conseil des ministres du 23 mars 1994 avait établi un groupe de travail intitulé "Stratégie globale de la Belgique dans le domaine des télécommunications", réunissant des représentants du pouvoir fédéral, des Communautés et des Régions³⁰. De plus, le document "La société de l'information - note d'orientation et d'action" prévoit la "mise en place d'un observatoire des évolutions vers la société de l'information"³¹. Dans un premier temps, les travaux de cet observatoire devraient notamment porter sur "des suggestions d'organisation des relations entre les différents niveaux de pouvoir concernés par la société de l'information"³². Comme exemple concret d'une telle collaboration on peut déjà citer la fourniture "d'une ligne

permettant l'interactivité, en vue de fournir un accès à des réseaux de données, notamment Internet, et répondre ainsi aux besoins particuliers des hôpitaux, écoles et bibliothèques publiques"³³. Cette "mission d'intérêt général dans le domaine des télécommunications"³⁴ s'adresse donc à des destinataires qui sont, comme les écoles, en principe du ressort des Communautés. Par conséquent, alors que le gouvernement fédéral, compétent pour la matière des télécommunications, intervient dans le financement de ces lignes, l'annexe 3 de la loi prévoit en même temps que "pour les bénéficiaires dont la définition relève de leurs compétences, les communautés peuvent, en accord avec le ministre, s'adresser à l'opérateur pour modifier la qualité des bénéficiaires, le nombre de bénéficiaires et le nombre d'heures de communication zonale, afin de redistribuer l'ensemble des avantages visés dans la présente annexe. L'Institut veille à ce que cette possibilité n'entraîne aucun coût supplémentaire pour l'Etat fédéral."³⁵

L'état des communications longue distance aux États-Unis

Fr. van der Mensbrugge *

En l'espace de trois semaines, une juridiction fédérale américaine et la *Federal Communications Commission* (ci-après, FCC) se sont toutes deux prononcées sur l'épineuse question de la fourniture des communications longue distance par les compagnies locales de télécommunications, les fameuses *Bell Operating Companies* (ci-après, BOCs)¹.

En l'occurrence, que constate-t-on près de trois ans après l'adoption du *Telecommunications Act*²? Aucune BOC n'a encore pu entrer sur le marché des communications longue distance. Si les deux décisions rapportées ici ne bouleversent en rien cette donne, elles n'offrent pas moins l'occasion de faire le point de la situation puisque l'une et l'autre posent des jalons clairs et précis pour tous les acteurs concernés par le marché des communications longue distance. A l'évidence, tous les opérateurs savent maintenant à quoi s'en tenir.

De surcroît, les décisions méritent

que l'on s'y attarde dans la mesure où elles illustrent, chacune, deux facettes différentes de la culture américaine : la décision judiciaire souligne - à nouveau - la forte présence de la Constitution de 1787 dans la vie quotidienne des américains, y compris et jusque dans le secteur des télécommunications. La décision de la FCC, quant à elle, démontre l'attachement des américains à un idéal de concurrence, toujours fuyant, voire illusoire dans un domaine historiquement porté à des tendances oligopolistiques.

Dans un premier temps, l'on se penchera sur l'état législatif des communications longue distance aux États-Unis (A). Ensuite, l'on examinera les raisons qui ont motivé le recours en justice, pour violation de la Constitution, à l'encontre des dispositions arrêtées par le législateur il y a trois ans (B). Enfin, il s'agira de porter son regard sur l'interprétation que donne actuellement la FCC des dispositions incriminées du *Telecommunications Act* (C).

30. Voir " Note de politique générale du ministère des Communications et de l'Infrastructure pour l'année budgétaire 1995 " - Projet de budget général des dépenses pour l'année budgétaire 1995, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. 1993-1994, n° 1540/13.

31. O.c., p. 38.

32. *Idem*, p. 39.

33. Loi du 21 mars 1991, *cit. supra*, article 86ter.

34. *Idem*, article 82, 3°.

35. *Idem*, annexe 3, article 3. Voir aussi article 5 du deuxième contrat de gestion de Belgacom, approuvé par l'arrêté royal du 22 juin 1998 portant approbation du contrat de gestion entre l'Etat belge et Belgacom, M.B., 18 juillet 1998.

* Assistant à la Faculté de Droit, Namur. Les points de vue exprimés dans cet article sont exclusivement ceux de l'auteur. Les commentaires sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : Faculté de droit de Namur, 5 Rempart de la Vierge, B-5000 Namur, Belgique, <francois.vandermensbrugge@fundp.ac.be>.

1. Pour la décision judiciaire, *cf.* : *SBC Communications v. FCC* : décision rendue le 4 septembre 1998 par la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* (n° de rôle : 98-10140). Non encore publiée, mais disponible sur Internet à l'adresse suivante : <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/98/98-10140-CV0.HTM>>. Pour la décision de la FCC, *cf.* : *Memorandum and Order, In the Matter of AT&T Corporation, et al. v. Ameritech Corp. et al.* (FCC 98-242) du 28 septembre 1998. Communiqué de presse et déclarations des commissaires disponibles sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.fcc.gov/Bureaus/Common_Carrier/News_Releases/1998/nrc8067.html>.

2. *Telecommunications Act of 1996*, Pub. Law No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996). La loi amende la *Communications Act of 1934*, 47 U.S.C., sect. 151 et seq.

Le législateur et les communications longue distance

On le sait, aux termes du fameux *Modified Final Judgment (MFJ)* arrêté par le juge Greene en 1982³, les BOCs se voyaient cantonnées à n'offrir que des services locaux et des services "longue distance" entre leurs différentes zones de distribution locale, le tout à l'intérieur de ce qu'on appelle un *Local Access and Transport Area* (ci-après, LATA)⁴. Autrement dit, les BOCs pouvaient assurer du *intraexchange intraLATA* et du *interexchange intraLATA*, mais elles ne pouvaient en aucun cas offrir des services *interLATA*. Tout au plus pouvaient-elles assurer l'interconnexion avec les transporteurs longue distance (les plus importants étant AT&T, MCI, Sprint), chargés, eux, du *interLATA*⁵.

Dès avant l'adoption de la loi de 1996, le ministère américain de la Justice avait insisté auprès du juge Greene pour permettre aux BOCs qui le désiraient de faire leur entrée sur le marché des communications longue distance (notamment *Ameritech* qui desservait la ville de Chicago et toute la région du Midwest)⁶. Un problème concret se posait toutefois dans la mesure où de telles autorisations pouvaient permettre aux opérateurs en question d'utiliser leur prédominance, sur leurs marchés locaux respectifs, pour concurrencer les autres fournisseurs de manière déloyale. De

leur côté, les opérateurs longue distance insistaient pour ne permettre aux BOCs de se diversifier que le jour où une concurrence effective existerait sur le marché des communications locales.

Au-delà des problèmes concrets, l'on pouvait s'étonner que des décisions d'une telle ampleur, portant sur l'autorisation ou non d'entrer sur le marché des communications longue distance, soient confiées à la discrétion d'une seule personne⁷.

Le *Telecommunications Act* de 1996, et plus particulièrement les articles 271 à 276, répondent à ces interrogations multiples et fournissent un cadre réglementaire - strict - au problème⁸. Les articles en question sont du reste regroupés dans un ensemble au titre évocateur intitulé : *Dispositions spéciales concernant les Bell Operating Companies (Special Provisions Concerning Bell Operating Companies)*. Plusieurs distinctions s'en dégagent :

- dès l'entrée en vigueur de la loi, les BOCs sont autorisées à fournir des services longue distance à des usagers situés hors de leurs zones de desserte, sans autorisation préalable de la FCC et sans autre forme de restriction (*out-of-region interLATA service*)⁹; une exception étant

néanmoins prévue pour certains services comme les numéros verts (800 services) pour lesquels l'appelé a le choix de l'opérateur longue distance¹⁰;

- dès l'entrée en vigueur de la loi, les BOCs peuvent également fournir des services longue distance qualifiés d'"accessoires" (*incidental interLATA service*)¹¹ : à titre indicatif, ces services comprennent la programmation audiovisuelle (*audio programming and video programming*), les services de mobilophonie (*commercial mobile services*), et des services de signalisation (*alarm monitoring services*)¹²;
- en revanche, la loi prévoit que les services longue distance provenant de la zone de desserte des BOCs ne soient permises que sur autorisation préalable de la FCC (*in-region interLATA service*). Du reste, cette autorisation ne peut être délivrée qu'après vérification par la FCC d'un certain nombre de conditions.

Venons-en à ces conditions.

Une BOC qui désire entrer sur le marché des communications longue distance doit d'abord démontrer auprès de la FCC qu'elle fournit bien l'interconnexion à un opérateur concurrent (*facilities-based competitor*). Naturellement, il importe que le concurrent puisse desservir à la fois les abonnés résidentiels et professionnels¹³.

A cette condition générale s'ajoutent une série de conditions spécifiques aux accords d'interconnexion mêmes. Ces conditions, au nombre de quatorze, constituent une véritable liste de pointage de la concurrence (*Competitive Checklist*)¹⁴. Sans entrer dans le détail de chacune de ces conditions, les BOCs doivent notamment offrir aux opérateurs concurrents un accès non-discriminatoire à leurs services d'urgence (911 et E911), à leurs conduits, pylônes, de même qu'à leurs droits de passage, le tout à des tarifs justes et raisonnables. Les BOCs doivent également s'assurer que les abonnés des opérateurs concurrents figurent bien dans leurs propres annuaires (*white pages*). Enfin, les BOCs doivent garantir la portabilité des numéros en attendant qu'un plan de numérotation soit adopté.

Pour terminer, il faut que la demande de la BOC rencontre le critère - ambigu - de "public interest, convenience, and necessity"¹⁵.

La FCC dispose de 90 jours pour arrêter sa décision, motivée, à partir du dépôt de la demande par la BOC ou l'une de ses filiales¹⁶. Lors de l'instruction du dossier, la FCC recueille l'avis du ministère de la Justice (*Attorney General*) et des commissions étatiques concernées (*State Public Utility Commissions*). Si elle n'est pas liée par l'avis du ministère de la Justice, elle doit lui accorder un poids significatif (*substantial weight*), d'autant plus important que celui-ci peut faire valoir n'importe quel critère d'appréciation - favorable ou défavorable à l'autorisation d'accéder au

3. *United States v. AT&T*, 522 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982).

4. Le MFJ fixait à environ 160 le nombre des LATAs. Certaines de ces entités territoriales prenaient la dimension d'un État.

5. Le marché des communications longue distance représentait à lui seul \$65 milliards de dollars en 1993. Les trois transporteurs principaux (AT&T, MCI et Sprint) contrôlaient 85% de ce marché. Cfr. "Telecom Showdown : Battle Lines Harden as Baby Bells Fight to Kill Restrictions", *The Wall Street Journal*, 27 juillet 1994.

6. Cfr. G. GRAHAM, "Baby Bell may breach US telecom barrier", *The Financial Times*, 4 avril 1995.

7. Le juge Greene, souvent qualifié de "tsar des télécommunications" aux États-Unis, a fait l'objet de critiques incessantes de la part des BOCs. Cfr. entre autres : M. DICKSON, "Baby Bells set for contest with judge", *The Financial Times*, 6 juillet 1994; M. DICKSON, "Baby Bells challenge 'one-man regulation'", *The Financial Times*, 8 juillet 1994; "Telecom Showdown : Battle Lines Harden as Baby Bells Fight to Kill Restrictions", *The Wall Street Journal*, op. cit. Dans les années quatre-vingts, le Congrès américain concentra l'essentiel de ses attaques sur la FCC. A cet égard, Ernest Hollings (membre démocrate à la Chambre des représentants, pour la Caroline du sud) de conclure : "Il n'y a pas de doute que la FCC est une bête qui s'est échappée" ("There Quarterly, *Weekly Report*, Vol. 46, No. 9 (27 February 1988), p. 479.

8. 47 U.S.C., sect. 271-276.

9. 47 U.S.C., sect. 271(b)(2).

10. 47 U.S.C., sect. 271(j).

11. 47 U.S.C., sect. 271(b)(3).

12. 47 U.S.C., sect. 271(g).

13. 47 U.S.C., sect. 271(c)(1)(A).

14. 47 U.S.C., sect. 271(c)(2)(B).

15. 47 U.S.C., sect. 271(d)(3)(C). Dans sa décision d'août 1997, interdisant à *Ameritech* de faire de la téléphonie longue distance, la FCC précisait que ce critère d'intérêt général constituait un élément à part entière de sa procédure d'évaluation. Sur ce plan, son examen porte sur les bénéfices que la concurrence et les usagers pourraient retirer de l'arrivée d'un nouveau fournisseur de services de téléphonie longue distance. Cfr. M. SUZMAN et N. TAIT, "Long-distance route shown by 'road-map'", *The Financial Times*, 21 août 1997.

16. 47 U.S.C., sect. 271(d)(3).

marché des communications longue distance (*any standard the Attorney General considers appropriate*)¹⁷. L'avis des commissions étatiques, quant à lui, est seulement destiné à aider la FCC dans sa tâche de vérification des conditions sus-mentionnées.

Dans le cas où aucun opérateur n'aurait fait de demande d'accès et d'interconnexion dans les dix mois suivant l'entrée en vigueur de la loi, une BOC peut quand même déposer sa demande de fournir des communications longue

distance auprès de la FCC. A cette fin, il faut encore qu'elle obtienne un "droit de postuler" de la commission étatique concernée. Ce droit de postuler ne sera octroyé par la commission étatique qu'après que cette dernière ait été convaincue du caractère raisonnable de l'offre d'accès faite par la BOC. De surcroît, aucune demande d'interconnexion, négociée de bonne foi, ne doit avoir été demandée dans les trois mois qui précèdent le dépôt de la demande auprès de la FCC¹⁸.

Le juge et les communications longue distance

Naturellement, une multitude d'accords d'interconnexion se conclurent dans la foulée du *Telecommunications Act* de 1996. Dans le seul État de l'Oklahoma, chasse gardée de *Southwestern Bell* (ci-après, SBC), l'on dénombrait pas moins de cent vingt accords d'interconnexion en juin 1997¹⁹. Du reste, munie de ces accords, SBC sollicite de la FCC l'autorisation d'entrer sur le marché des communications longue distance, conformément à la procédure prévue par la section 271 du *Telecommunications Act* qui vient d'être esquissée. L'autorisation sollicitée fut refusée par l'autorité de régulation américaine, faute pour la compagnie de satisfaire à ses yeux à

toutes les conditions posées par le législateur. Cette décision de refus fut ensuite confirmée par la Cour d'appel fédérale de la ville de Washington le 20 mars 1998²⁰.

Avant que l'arrêt de la juridiction d'appel ne soit rendu, SBC assigna les États-Unis et la FCC devant la juridiction fédérale du district nord de l'État du Texas²¹. En l'occurrence, SBC soutenait que l'ensemble des *Dispositions spéciales concernant les Bell Operating Companies* violait la Constitution des États-Unis.

A titre principal, SBC prétendait que les dispositions attaquées constituaient un *bill of attainder* interdit par l'article

ler, section 9, alinéa 3 de la Constitution²². En d'autres termes, la requérante soutenait que le législateur avait illégalement sanctionné une personne - ou classe de personnes déterminées, or, conformément au principe de séparation des pouvoirs, cette faculté relève de l'autorité judiciaire et non du pouvoir législatif. A titre accessoire, SBC soutenait que les dispositions attaquées violaient la clause d'égalité de protection des lois (*Equal Protection Clause*) puisque des régimes distincts s'appliquaient pour les BOCs et les *local exchange carriers* (LECs) non-BOCs²³. Enfin, la requérante alléguait que l'article 274 du *Telecommunications Act* - interdisant aux BOCs de faire du *electronic publishing* - violait le premier amendement de la Constitution portant sur la liberté de parole (*Free Speech Clause*)²⁴.

Plusieurs parties sont volontairement intervenues à l'instance : AT&T, Sprint et MCI du côté du gouvernement, et US West Communications et Bell Atlantic Corporation (deux RBOCs) du côté de SBC.

Six mois seulement après que la demande de SBC ait été enregistrée au greffe, le juge de première instance rendit sa décision, faisant droit aux demandes

de la requérante : pour le juge Kendall (siégeant seul), il ne faisait pas de doute que les dispositions attaquées constituaient bien un *bill of attainder* et, comme telles, violaient la Constitution. En conséquence, le juge Kendall les déclara nulles (*void*)²⁵.

Naturellement, la FCC, le gouvernement et les parties intervenantes du côté de la défense interjetèrent appel de la décision. En l'occurrence, la Cour d'appel fédérale pour le cinquième circuit, dans un arrêt rendu le 4 septembre 1998, s'écarta de la juridiction de première instance²⁶. Menée par E. Grady Jolly, une majorité des juges (deux sur trois), trouva que les dispositions arrêtées par le législateur dans le *Telecommunications Act* étaient parfaitement constitutionnelles. Le juge Jerry E. Smith, quant à lui, émit une opinion contraire à la majorité de la Cour.

Dans ce contexte de discordance manifeste, il n'est pas inutile de revenir sur le débat qui a fait l'objet du litige²⁷. Dans un premier temps, l'on examinera les dispositions de la *Telecommunications Act* au regard de la notion de *bill of attainder* afin de déterminer si les BOCs ont bien fait l'objet d'une loi spéciale les punissant (a). Dans un deuxième temps,

17. 47 U.S.C., sect. 271(d)(2)(A). Il est inexact, comme le prétendent certains, que le poids à attacher à l'avis du ministère de la Justice n'est pas spécifié dans la loi : cf. par ex. T.C. KRATTENMAKER, *Telecommunications Law and Policy*, 2nd Ed., Durham (NC), Carolina Academic Press, 1998, p. 462. Par l'utilisation de l'adjectif "substantial", la loi se montre très précise. Une jurisprudence américaine abondante fournit quantité d'illustrations du mot : cf. par ex. *Pierce v. Underwood*, 108 S. Ct. 2541, 487 U.S. 552, (1989). Cf. sur Internet : <<http://laws.findlaw.com/US/487/552.html>>.

19. T. GADALUIT, "Malgré la déréglementation, les Baby Bells gardent leur monopole", *La Tribune*, 27 juin 1997.

20. *SBC Communications, Inc. v. FCC*, 138 F.3d. 410 (D.C. Cir. 1998).

21. Le recours date du mois de juillet 1997 : cf. Ph. ESCANDE, "Télécommunications : SBC défie les autorités fédérales", *Les Echos*, 7 juillet 1997.

22. L'article 1er, section 9, alinéa 3 de la Constitution des États-Unis prévoit : "No bill of attainder or ex post facto law shall be passed [by Congress]". Yv. VIGNEAU traduit cette disposition comme suit : "Aucun décret de confiscation, ou aucune loi rétroactive ne sera promulgué", in R.V. DENENBERG, *Introduction au système politique des États-Unis*, Paris, Economica, 1979, p. 150. Cette traduction nous paraît erronée. Initialement, un *bill of attainder* était limité à la peine de mort. L'expression est même employée dans ce sens par le juge Marshall dans la fameuse affaire *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 179 (1803). Rapidement, l'expression prit une signification plus large comprenant effectivement la confiscation des biens : cf. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87, 138 (1810) (décision rendue par le même juge Marshall). Depuis le milieu du 19ème siècle, il s'agit de n'importe quelle punition imposée par le législateur, afin de s'écarter des voies judiciaires : cf. *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. (4 Wall.) 323 (1866). Pour de plus amples développements, v. *infra*.

23. Le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis prévoit : "No state shall make or enforce any law which shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law" ("Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui (...) refuse à quiconque relevant de sa juridiction l'égalité de protection des lois").

24. Le premier amendement de la Constitution des États-Unis prévoit : "Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech (...)". ("Le Congrès ne fera aucune loi (...) qui restreigne la liberté de parole"). Cette question ne sera pas développée ici.

25. Du reste, la réaction de la FCC à ce jugement était on ne peut plus de désolation. D'après William Kennard, chef de la FCC : "I am extremely concerned about what seems to be a court's invalidation of much that Congress, this Commission and the affected phone companies have done to bring consumers the benefits of competition". Cf. M. SUZMAN, "Court ruling undermines US telecoms deregulation", *The Financial Times*, 2 janvier 1998 ; "Part of US Law on Phone Firms is Struck Down", *The Wall Street Journal*, 2 janvier 1998.

26. Pour les références complètes de l'arrêt de la Cour d'appel, cf. *supra*, note 1.

27. Les parties disposent de 90 jours pour former un pourvoi devant la Cour suprême des États-Unis (*petition for a writ of certiorari*), soit jusqu'au 3 décembre 1998 : cf. Règle n°13 du Règlement de procédure de la Cour suprême des États-Unis (*Rules of the Supreme Court of the United States*), adopté le 29 juillet 1995 (entré en vigueur le 2 octobre 1995).

il sera davantage question de déterminer s'il y a eu rupture d'égalité entre les

a) Les BOCs et la notion de *bill of attainder*

La majorité de la Cour d'appel s'écarta du juge de première instance, tout en trouvant les arguments pour retenir la présence d'un *bill of attainder* fort séduisant (*beguiling*). Pour quels motifs ?

Deux critères suffisent à démontrer qu'un acte du législateur constitue un *bill of attainder*, contraire à la Constitution. D'abord, le caractère spécifique de la loi : a-t-elle été taillée sur mesure, ou bien s'applique-t-elle sans discrimination ? Indiscutablement, le *Telecommunications Act* de 1996 est spécifique. La III^{ème} Partie de la loi, celle incriminée, s'intitule *Dispositions spéciales concernant les Bell Operating Companies*. On ne peut être plus clair. Tout le débat portait alors sur le caractère punitif ou non des dispositions attaquées, deuxième critère pour déterminer l'existence ou non d'un *bill of attainder*.

La question était loin d'être simple au vu des nombreuses contraintes imposées aux BOCs, et à elles seules. Aussi, le juge Grady Jolly s'est-il appuyé sur de nombreux précédents pour démontrer qu'il ne pouvait y avoir de violation constitutionnelle en l'espèce²⁸.

De fait, une jurisprudence s'est bâtie sur la notion de *bill of attainder* dans les années qui suivirent la guerre de Sécession (1861-1865). Certains États, et le Congrès américain lui-même, avaient alors adopté des lois obligeant des candidats à des emplois publics à abjurer toute sympathie pour le Sud avant de pouvoir accéder à l'emploi

28. Du reste, son recours - particulièrement généreux - aux précédents n'est pas exempt de critique. Pour le juge Smith : " The majority reaches [its] cherished goal by stitching together a patchwork of concurrences and dissents and by brushing aside binding Supreme Court majority opinions as 'oberrant' and 'unsensible' ".

29. *Cummings v. Missouri*, *op. cit.*, p. 320. Traduction personnelle. La phrase exacte se lit : " [t]he deprivation of any rights, civil or political, previously enjoyed, may be punishment, the circumstances attending and the causes of the deprivation determining this fact ".

30. *Hawker v. New York*, 170 U.S. 189, 196 (1898). Traduction personnelle.

BOCs et les autres opérateurs (b).

recherché. Pour la Cour Suprême : " la privation de quelque droit, civil ou politique, dont on avait la jouissance, peut constituer une punition, au vu des circonstances et des causes de la privation qui déterminent ce fait"²⁹. Autrement dit, sa conduite passée ne devait influencer sur l'accès au travail. En l'espèce, les lois furent bien déclarées punitives et non-conformes à la Constitution.

Nonobstant cette jurisprudence limpide de la Cour Suprême, le juge Grady Jolly rencontra - dans des opinions minoritaires - matière à nuancer le propos. Cette découverte lui permettait d'écarter la qualification de *bill of attainder* dans l'espèce qui lui était soumise. L'on pouvait en effet arguer que l'obligation d'abjurer ses sympathies passées n'avait aucun caractère punitif, mais visait au contraire à prévenir toute mauvaise conduite future. En somme, il pouvait s'agir de mesures prophylactiques.

Il est vrai qu'une jurisprudence - fort contestée - de la Cour Suprême des États-Unis allait adopter cette idée d'exception prophylactique à la notion de *bill of attainder*. Dès 1898, la Cour eut à décider de la conformité à la Constitution d'une loi étatique interdisant à d'anciens délinquants de pratiquer la médecine. La loi fut jugée conforme à la Constitution car elle ne "cherch[ait] pas à punir de nouveau les délinquants, mais à protéger les citoyens de médecins de mauvaise vie"³⁰.

Par la suite, une jurisprudence abon-

dante se développa sur la notion de *bill of attainder*. La Cour Suprême eut ainsi à l'y examiner par référence à une loi visant les membres du parti communiste américain (loi déclarée non conforme à la Constitution)³¹, ou encore une loi obligeant le Président Nixon à remettre toutes ses archives à la nation (loi déclarée conforme)³². Au demeurant, cette dernière affaire fit valoir un test en trois branches afin de décider du caractère punitif ou non d'une loi. Le test porte sur l'histoire, le but et la structure de la loi attaquée.

Naturellement, le juge Grady Jolly fut amené à appliquer ces critères aux *Dispositions spéciales du Telecommunications Act*. Ses positions se résument comme suit :

- historiquement, les *Dispositions spéciales* ne devraient pas rencontrer la qualification de *sanction*. Le législateur a prévu que les BOCs aient la possibilité d'entrer - un jour - sur le marché des communications longue distance. En somme, il existe une échappatoire. Leur seule condition : satisfaire les exigences posées par le législateur;
- le but du législateur n'était pas de sanctionner les BOCs, mais d'introduire une concurrence juste et effective sur le marché des télécommunications, y compris et jusque dans le marché des communications locales (*market for local exchange service*) : du reste,

31. *United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965).

32. *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977).

33. "... the Act does not declare [the BOCs] monsters or otherwise seek to punish them on the basis of past conduct, and thus does not run afoul of the Bill of Attainder Clause".

34. De façon générale, le juge Smith stigmatise l'utilisation non-orthodoxe des précédents par ses confrères, notamment leur recours à des opinions minoritaires (*supra*, note 28 : on remarquera toutefois que le juge Smith lui-même cite une opinion minoritaire, à savoir celle du juge Sentelle dans l'affaire *BellSouth Corp. v. FCC*, 144 F.3d. 58, 72-73 (D.C. Cir. 1998)). Qui plus est, le juge Smith remet entièrement en cause la lecture par ses confrères de la jurisprudence relative aux barrières à l'emploi (*employment bars*). Citant un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis de 1984, le juge rappelle que : " the list of punishments forbidden by the Bill of Attainder Clause has expanded to include legislative bars to participation by individuals or groups in specific employments or professions " : *cf. Selective Service Sys. v. Minnesota PIRG*, 468 U.S. 841, 852 (1984).

la loi de 1996 affiche ses objectifs dans une phrase qui accompagne son intitulé : elle se propose de "promouvoir la concurrence et de réduire la réglementation afin de garantir des tarifs plus bas et des services de qualité plus élevés pour les consommateurs de télécommunications";

- enfin, les termes et les travaux préparatoires du *Telecommunications Act* ne font ressortir aucune intention punitive. Il s'agit tout au plus de mesures (*prophylactiques*) destinées à prévenir le développement de marchés oligopolistiques. En dernier ressort, il s'agit de servir l'idéal de concurrence sur le marché américain des télécommunications.

A la fin de son raisonnement, le juge Grady Jolly admet que les *Dispositions spéciales* peuvent néanmoins constituer une "décision judiciaire législative" (*Although the Special Provisions may well constitute a legislative judgment...*). Cette formule - et reconnaissance - curieuses traversent l'écueil de la qualification de *bill of attainder* dans une logique qui relève, nous semble-t-il, de la méthode Coué : le *Telecommunications Act* ne cherche pas à sanctionner les BOCs. Il n'en fait pas des "monstres"...³³.

Sans épiloguer longuement sur la question, le juge Smith opposa deux critiques majeures à ses confrères de la Cour d'appel³⁴.

En premier lieu, il s'attacha à la

possibilité pour les BOCs d'échapper - un jour - aux restrictions qui leur étaient imposées par la loi. Pour le juge minoritaire, l'existence d'une échappatoire éventuelle ne peut en aucun cas conduire à une acceptation de la punition permettant de contourner l'interdiction constitutionnelle de *bill of attainder*. Du reste, à tenir ce raisonnement, le problème de *bill of attainder* ne se serait jamais posé dans la foulée de la guerre de Sécession. Il aurait suffi d'abjurer ses sympathies passées. En l'espèce, "Le fait que le gouvernement fédéral tient la clef de la prison des *Baby Bells* est sans intérêt"³⁵.

Outre cet argument, le juge Smith imputa un caractère de *chimère* à l'exception prophylactique avancée par ses confrères³⁶. En effet, la notion même de punition ne peut se confiner à la seule fonction rétributive d'une conduite passée.

b) Les BOCs et l'égalité devant la loi

Outre qu'elle invoquait l'existence d'un *bill of attainder*, SBC soutenait que les dispositions attaquées violaient la clause d'égalité de protection des lois (*Equal Protection Clause*) prévue au quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis⁴¹. Autrement dit, le législateur aurait opéré une discrimination à l'égard des BOCs, celles-ci étant soumises à un régime distinct de celui des *local exchange carriers* non-BOCs (ces dernières - eg. GTE - pouvant faire de la longue distance

Si tel était le cas, le législateur pourrait sanctionner toute personne ayant une résolution criminelle alors même que cette personne ne se serait pas exécutée³⁷. Si tel était le cas encore, l'acte du législateur ne recevrait jamais la qualification de *bill of attainder* du moment qu'un but prophylactique serait poursuivi. En fait, la punition comporte plusieurs fonctions : une fonction de rétribution, de réhabilitation, de prévention, voire socio-pédagogique³⁸. Le juge Smith n'en déduire qu' "une charge ne constitue pas moins une punition lorsqu'elle prend pour fondement une conduite future et non seulement passée"³⁹.

En deux mots : "Congress adjudicated"⁴⁰. Aux yeux du juge Smith, il était manifeste que les *Dispositions spéciales concernant les Bell Operating Companies* constituaient bien un *bill of attainder* interdit par la Constitution.

à leur guise, sans être soumis aux mêmes contraintes).

La question était beaucoup moins controversée que pour la notion de *bill of attainder*.

En l'occurrence, la Cour d'appel s'en est remise à une jurisprudence bien établie et non contestée de la Cour Suprême des États-Unis. Aux termes de cette jurisprudence, l'autorité judiciaire ne peut s'ériger en super-pouvoir législatif pour déterminer le bien-fondé ou non de

35. Traduction personnelle. La phrase exacte du juge Smith se lit : "The fact that the federal government holds the key to the *Baby Bells* prison is irrelevant".

36. Le juge Smith se montre particulièrement sévère à l'égard du raisonnement tenu par ses confrères : "The method through which the majority traces the evolution of the 'prophylactic exception' reveals its suspect pedigree" (nous soulignons). Plus loin : "It would be archaic to limit the definition of 'punishment' to 'retribution'" (nous soulignons).

37. La résolution criminelle ne peut être incriminée en elle-même. Cfr. F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, 2ème éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1993, p. 232; J. PRADEL, *Droit pénal général*, 5ème éd., Paris, Cujas, 1986, n° 341.

38. Cfr. F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 322 : "Par fonction 'socio-pédagogique' de la peine, on peut entendre le fait qu'elle exprime solennellement à l'égard du corps social tout entier l'attachement que l'on croit".

39. Traduction personnelle. La phrase exacte du juge Smith se lit : "a burden is rendered no less punitive by being based on future, rather than past, wrongdoing".

40. Autrement dit : le Congrès a rempli une fonction judiciaire.

41. *Supra*, note 23.

décisions de politique générale n'affectant pas les droits fondamentaux des américains⁴². En matière économique, le législateur américain a plus ou moins les coudées franches au regard de la clause d'égalité de protection des lois.

Le juge intervient néanmoins à deux titres. D'abord, il contrôle le lien entre la législation attaquée et la légitimité du but poursuivi par le législateur⁴³. En l'espèce, la Cour d'appel n'eut aucune difficulté à déterminer que l'objectif visé par le législateur était de promouvoir une

plus grande concurrence sur le marché américain des télécommunications et que les dispositions du *Telecommunications Act* s'y conformaient. Ensuite, le juge intervient pour voir si la loi opère des distinctions portant sur la race, la religion, ou encore des liens de parenté. Il était manifeste qu'aucun critère de la sorte n'intervenait pour les BOCs. Sur ce plan, l'on pouvait dire que les *Dispositions spéciales du Telecommunications Act* étaient parfaitement conformes à la Constitution.

La FCC et les communications longue distance

Quelques semaines seulement après que la Cour d'appel rende son arrêt, la FCC eut l'occasion, elle aussi, de se prononcer sur les services de communications longue distance. Du reste, sa décision s'inscrit dans une suite de décisions interdisant aux *Baby Bells* d'entrer sur ce marché⁴⁴. Que s'est-il passé en l'occurrence ?

Au mois de mai 1998, deux BOCs, *Ameritech* et *US West* conclurent des accords commerciaux avec un jeune exploitant longue distance dénommé *Quest Communications Corporation* (ci-après, *Quest*). Les accords en question prévoyaient de donner aux particuliers et aux petites et moyennes entreprises desservies par les compagnies locales un ensemble de services comprenant les communications longue distance offertes par *Quest*. Les services seraient fournis, au nom des BOCs, dans des programmes alléchants (*Complete Access et*

Buyer's Advantage) : entre autres avantages, ces programmes offriraient des prix compétitifs et une procédure de guichet unique (*one-stop-shopping*).

Naturellement, ces accords donnèrent lieu au dépôt de plusieurs plaintes auprès des juridictions fédérales américaines⁴⁵. Celles-ci renvoyèrent la question devant la FCC. Aux yeux des plaignants, et de la FCC, une violation de l'article 271 paraissait manifeste.

Dans sa décision du 28 septembre 1998, l'on ne remarque qu'un seul commissaire de la FCC (sur les cinq) qui s'exprime avec un brin de réticence : de fait, l'on pouvait dire que la décision privait les usagers de services hautement appréciés⁴⁶. Sinon, chacun s'inclinait devant l'impératif de faire produire son plein effet à la procédure de l'article 271 de la loi. De toute façon, estimait le Chairman Kennard avec une innocence feinte : "Les consommateurs peuvent

42. *City of New Orleans v. Duke*, 427 U.S. 297, 303 (1976).

43. Cela revient à donner au juge un pouvoir d'appréciation considérable sur la politique poursuivie....

44. Cfr. par ex. la décision visant *Ameritech* en août 1997 : cfr. "États-Unis : la FCC interdit à *Ameritech* de faire de la téléphonie longue distance", *Les Echos*, 20 août 1997; cfr. aussi la décision visant *BellSouth* : cfr. "L'accès de *BellSouth* aux services longue distance refusé", *La Tribune*, 26 décembre 1997.

45. Les plaintes provenaient notamment de MCI et AT&T.

46. Cfr. *Separate Statement of Commissioner Gloria Tristani* : <<http://www.fcc.gov/Speeches/Tristani/Statements/stg1824.html>>

obtenir les mêmes avantages directement auprès de Quest⁴⁷. En tout état de cause, la décision démontre comment les principaux acteurs du téléphone aux

États-Unis essaient d'interpréter, voire de contourner les différentes dispositions de la loi de 1996.

Conclusion

Les enjeux économiques du marché des télécommunications américain sont - on s'en doute - considérables. A lui seul, le marché local est évalué à 100 milliards de dollars. Le marché des communications longue distance - nationales et internationales, quant à lui, est évalué à 80 milliards de dollars. Dans ces conditions, chacun essaie de tirer son épingle du jeu, chacun essaie d'augmenter sa part du gâteau.

Et pourtant, il se dégage de ce débat une impression de lenteur, presque d'immobilisme... Près de trois ans après l'adoption du *Telecommunications Act*, on en est encore à deviser sur l'entrée possible, future des *Baby Bells* sur le marché des communications longue distance. En fait, au-delà de savoir qui a pu entrer - ou non - sur ce marché, c'est un formidable dynamisme qui caractérise les télécommunications américaines. Une profonde restructuration industrielle est en cours, quand ce ne sont pas des transporteurs longue distance eux-mêmes (eg. MCI⁴⁸) qui bâtissent leurs propres réseaux locaux et luttent contre les charges d'interconnexion imposées par les compagnies régionales. Ces dernières, quant à elles, s'escriment par tous les moyens à trouver une place sur la longue distance...

Pour l'heure, trois conclusions se

dégagent de ce rapide survol du marché des communications longue distance.

Bien évidemment, la FCC retrouve plus de repères qu'avant avec le *Telecommunications Act*. Cela étant, la commission se retrouve maintenant partagée entre la nécessité de faire respecter une loi déjà fort contestée (et dont tout le monde s'accorde à dire qu'elle se distingue par sa complexité *bosniaque*), et la volonté de mieux servir les usagers, le tout sur fond d'un intérêt public indéfini...

Le juge, quant à lui, est actuellement tiraillé de toutes parts par les différents acteurs du téléphone. Les questions, en l'espèce, vont de l'interprétation d'une disposition simple du *Telecommunications Act* à des problèmes de droit constitutionnel purs. Comme on se trouve dans la famille de la *common law*, chacune des parties y va de son précédent, le tout sur fond d'arguties juridiques incompréhensibles pour le non-initié...

Le législateur enfin peut déjà songer à revoir sa copie. C'est son lot. Contrairement au siècle dernier, il n'existe plus de normes immuables. La loi est vite obsolète. L'arrivée de la concurrence en 1984 ne s'est pas faite en un jour. Il en est de même pour 1996. Le tout est que ce soit le consommateur qui, en fin de parcours, gagne.

Neuf mois après la libéralisation, peut-on parler de véritable concurrence sur le marché belge des télécommunications?

Florence de La Vallée *

Le marché belge des infrastructures et services publics de télécommunications est juridiquement ouvert à la concurrence depuis le 01/01/98. Néanmoins, la mise en place d'un réseau propre, que ce soit par le biais d'investissements en infrastructure ou d'accords d'interconnexion avec d'autres opérateurs, ainsi

que le lancement de services sur ce réseau nécessitent de nombreuses étapes et donc du temps. C'est pourquoi une concurrence effective sur le marché ne peut s'installer que progressivement et il est intéressant de l'évaluer au moyen d'indicateurs.

Le marché des télécommunications fixes

1.1 Nouveaux acteurs sur le marché

En ce qui concerne le marché des télécommunications fixes, un premier indicateur permettant d'apprécier le développement de la concurrence est représenté par le nombre de nouveaux acteurs sur le marché. En date du 15/09/98, 16 autorisations individuelles pour établir et exploiter un réseau public de télécommunications et 16 autorisations individuelles pour la fourniture d'un service de téléphonie vocale ont été accordées par le ministre responsable des télécommunications.

Si le nombre d'autorisations individuelles octroyées en Belgique jusqu'à présent est plus faible que dans d'autres pays européens (France ou Allemagne), il faut également tenir compte du fait qu'une vingtaine de demandes supplé-

mentaires seraient encore à l'étude à l'IBPT¹ et tenues secrètes, ce qui témoigne d'un réel intérêt des opérateurs pour le marché belge. Il est à noter que, d'une part, le marché belge est incontournable pour tout réseau paneuropéen et, d'autre part, la présence de nombreuses organisations internationales à Bruxelles crée des opportunités pour des "niche operators".

Cette information n'indique cependant pas la mesure dans laquelle les réseaux des opérateurs sont opérationnels ni si des services sont déjà offerts au public. En effet, pour qu'un opérateur puisse être actif sur le marché, il faut encore, la plupart du temps, qu'un accord d'interconnexion ait pu être signé avec Belgacom.

* Assistante à la Faculté de Droit, Namur. Cet article consiste en une version retravaillée d'un chapitre dédié au marché belge, rédigé dans le cadre d'un audit mené par les DG-IV et DG XIII.

1. Source : Lentic/ESIS.

47. Cfr. Statement of Chairman William Kennard on FCC's Quest Decision, <<http://www.fcc.gov/Speeches/Kennard/Statements/stvek872.html>>.

48. MCI a investi 1,7 milliards de dollars dans ses activités locales à la fin 1997 : cfr. Ph. LE COEUR, "La concurrence peine à s'imposer dans les télécommunications américaines", *Le Monde*, 2 juillet 1997.