

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit européen et droit supranational

Amory, Bernard

Published in:

Vers une nouvelle réglementation des télécommunications

Publication date:

1990

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Amory, B 1990, Droit européen et droit supranational. dans *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications*. Cahiers du CRID, numéro 4, pp. 161-198.

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.

II. DROIT EUROPÉEN ET DROIT SUPRANATIONAL

A. Le droit communautaire

Introduction

En Europe, le secteur des télécommunications a traditionnellement été réservé par la loi à des monopoles publics. Ces monopoles portaient généralement tant sur la mise en œuvre des réseaux de télécommunications que sur la fourniture de la plupart des équipements connectés à ces réseaux et sur les services de télécommunications. À l'origine de cette situation, on voit des raisons historiques. Lorsque le téléphone et le télex se sont développés, le principal moyen de communication à distance (l'échange de correspondance écrite) faisait l'objet du monopole postal et les législateurs ont trouvé normal que les télécommunications soient confiées à un monopole public. Ces monopoles de télécommunications ont été jusqu'ici jalousement conservés par les États, notamment parce qu'ils peuvent constituer une source importante de revenus servant souvent à subsidier les activités déficitaires du service postal.

Aujourd'hui, le maintien des monopoles de télécommunications est remis en question. On s'interroge sur leur aptitude à s'adapter au développement rapide des technologies de l'information. Seront-ils capables de répondre à la demande en nouveaux services née ou à naître de la convergence des télécommunications et de l'informatique, voire de la télévision ?

Cela requiert la création de nouvelles infrastructures et la fourniture de nouveaux équipements de connexion, ce qui nécessite dès maintenant des investissements importants¹.

À l'instar des États-Unis et du Japon, on propose d'instaurer une certaine concurrence dans ce secteur au niveau national et européen pour lui permettre de faire face aux développements technologiques en cours et peut-être, de le placer en tête d'un des principaux secteurs industriels de la fin de ce siècle.

Dès 1979, les Communautés européennes se sont préoccupées de ce problème et ont adopté une série de mesures visant à y apporter une solution. Ces mesures sont de trois ordres. Il s'agit d'abord d'initiatives de politique industrielle. C'est dans ce cadre que s'inscrit le vaste programme de recherche et de développement sur les technologies de pointe dans le domaine des télécommuni-

1. Voir à ce sujet : COMMISSION des COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission au Conseil sur les Télécommunications*, COM [84] 277 final.

cations, baptisé “RACE”². Ensuite, il s’agit de mesures de nature administrative ou judiciaire par lesquelles la Commission et la Cour de Justice appliquent des dispositions du Traité de Rome à l’encontre de situations monopolistiques jugées abusives ou contraires aux principes de la libre circulation des marchandises. Mais la Commission a estimé qu’en raison de l’urgence, l’ouverture des marchés de télécommunications à la concurrence ne pouvait être réalisée au cas par cas sur base de procédures administratives ou judiciaires. C’est pourquoi la Commission a pris l’initiative d’adopter, ou de proposer au Conseil des Ministres d’adopter, une série de mesures réglementaires destinées à créer dans la Communauté européenne un environnement législatif harmonisé permettant une réelle concurrence dans le secteur des télécommunications. Ces initiatives d’ordre réglementaire de la Commission sont exposées dans le Livre vert sur les télécommunications³.

Ci-après, nous examinerons d’abord les dispositions du Traité de Rome sur lesquelles non seulement les procédures administratives et judiciaires évoquées ci-dessus sont fondées mais qui servent aussi de fondement aux initiatives réglementaires de la Commission qui seront ensuite passées en revue.

1. Les règles du Traité de Rome

Il s’agit d’examiner l’application des dispositions du Traité de Rome relatives à la libre concurrence [articles 85, 86 et 90], à la libre circulation des marchandises [articles 30 à 37] et à la libre prestation de services [articles 59 à 66] aux monopoles publics de télécommunications.

a. L’application des règles de concurrence

Le droit matériel de la concurrence applicable aux entreprises est établi par les articles 85 et 86 du Traité de Rome. Ces dispositions visent, respectivement, les accords entre entreprises et l’exploitation abusive de positions dominantes par une ou plusieurs entreprises. La question de l’application des règles de concurrence aux monopoles publics de télécommunications⁴ doit donc être envisagée sous l’angle de ces deux articles. Mais, les PTT étant des entreprises publiques jouissant d’un monopole, il convient d’examiner, préalablement à l’étude de ces dispositions de droit matériel, les limites fixées par le Traité à l’application des règles de concurrence aux entreprises ayant ces caractéristiques.

2. *J.O.*, n° C 148/5 du 18 juin 1985 notamment.

3. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, “Vers une économie européenne dynamique”, *Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications*, Communication des la Commission, COM [87] 290 final, 30 juin 1987.

4. Nous désignerons ceux-ci par “PTT”.

α. Les limites à l'application des règles de concurrence
aux monopoles publics

Les PTT, qu'elles soient intégrées à l'administration d'un État (comme au Grand-Duché de Luxembourg et en France) ou qu'elles soient confiées à une entité juridique distincte de celui-ci (par exemple la RTT belge ou la *Compañía Nacional de España —Telefónica*), sont des "entreprises publiques" au sens du Traité de Rome. En effet, d'une part, elles sont des "entreprises" en tant qu'elles constituent "un ensemble de moyens humains et matériels organisés en vue de la poursuite d'un but économique"⁵ ; d'autre part, elles sont "publiques" puisqu'elles sont soumises à l'influence prépondérante de l'État⁶. Cette influence peut résulter de la loi (par exemple, en Belgique, la loi du 19 juillet 1930 soumet la RTT à l'autorité du Ministre ou Secrétaire d'État qui a les télégraphes et téléphones dans ses attributions), ou d'une participation majoritaire de l'État au capital de l'entreprise jouissant du monopole des télécommunications (tel était le cas de la *British Telecommunications* avant sa privatisation par le *Telecommunications Act 1984*), ou d'une concession de service public (par exemple, en Italie, le décret du Président de la République du 13 août 1984 approuvant l'exécution des concessions des services des télécommunications à usages publics aux sociétés S.I.P., *Italcable* et *Telespazio*).

Enfin, les PTT sont des "monopoles" dans la mesure où elles disposent complètement de l'offre de certains produits et services de télécommunications tout en se trouvant en présence d'une pluralité d'acheteurs⁷.

a. L'article 90

— Selon l'article 90 paragraphe 1, les entreprises publiques et celles auxquelles l'État accorde des droits spéciaux ou exclusifs⁸ sont en principe soumises aux articles 85 et 86. L'article 90 paragraphe 2 apporte une restriction à ce principe : les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ne sont soumises aux règles de concurrence que "dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie".

5. Sur la notion d'entreprise, voir É. CEREXHE, "Les règles de la concurrence applicables aux entreprises. Droit des Communautés européennes", n° 2018, *Les Nouvelles*, Bruxelles, 1969.

6. Sur la notion d'entreprise publique, voir J.V. LOUIS, D. VIGNES et M. WÆLBROEK, *Le droit de la Communauté économique européenne. IV. Concurrence*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2e éd., 1972, p. 84 et 85.

7. Voir la définition de L. Morissens citée par J.V. LOUIS, D. VIGNES et M. WÆLBROEK, *Le droit de la Communauté européenne*, I, 1970, p. 125.

8. Ce qui correspond à un monopole.

- La notion de “service d’intérêt économique général” étant extrêmement large⁹, il semble difficile d’en exclure les télécommunications. Cette interprétation est confirmée par la décision de la Commission et l’arrêt de la Cour dans l’affaire *British Telecommunications*¹⁰. La Commission a en effet indiqué que la *British Telecom* avait été chargée, en vertu du *Post Office Act 1969* et du *Telecommunications Act de 1981* “de l’exploitation de services d’intérêt économique général, à savoir la gestion des systèmes de télécommunications sur le territoire du Royaume-Uni” et cette position n’a pas été contredite par la Cour de Justice ; elle n’était d’ailleurs pas contestée par la requérante.
- Dans les autres pays de la C.E.E., des dispositions légales ou des principes similaires à ceux invoqués à propos de la *British Telecom* permettent d’affirmer que les PTT sont chargées d’un service d’intérêt économique général. Citons à titre d’exemples l’article 1^{er} de la loi belge du 19 juillet 1930 qui dispose que “la RTT a seule le droit d’établir et d’exploiter pour la correspondance du public, des lignes et des bureaux télégraphiques et téléphoniques” et le Décret royal italien n° 645 du 27 février 1936, en vertu duquel les services de télécommunications relèvent exclusivement de l’État.
- En tant qu’entreprises publiques chargées de la gestion d’un service d’intérêt économique général, les PTT sont donc soumises à la limitation de l’application des règles de concurrence, contenue dans l’article 90 paragraphe 2. Selon les auteurs, cette limitation doit être interprétée restrictivement¹¹.
- C’est ce qu’a fait la Commission dans l’affaire *British Telecom*, en considérant qu’il ne suffisait pas que l’accomplissement de la mission d’intérêt général confiée à *British Telecom* soit “compliquée” pour que l’article 90 paragraphe 2 s’applique, mais il fallait qu’il y soit fait “échec”. Dans l’affaire *British Telecom*, la partie requérante avait avancé une distinction selon laquelle l’article 86 ne s’applique qu’à une activité d’entreprise, exercée au moyen des formes du droit privé et non à l’activité réglementaire exercée, sur le fondement d’un texte législatif, par un service public “telle que les règlements adoptés en l’espèce par la *British Telecom* pour lutter contre certaines activités des agences de réexpédition de mes-

9. Voir arrêt de la C.J.C.E. , Aff. n° 10/71, Hein, Rec. XVII, et plus particulièrement les conclusions de M. l’Avocat Général Dutheillet de Lamothe aux pages 723, 739.

10. Décision de la Commission du 10 décembre 1982 — *British Telecommunications*, *J.O.* n° L 360/36 du 21 décembre 1982 et plus particulièrement le § 41. Cette décision de la Commission, et l’arrêt de la Cour de Justice rendu suite au recours en annulation introduit par la République italienne [Arrêt du 20 mars 1985, Aff. 41/83] concernant des faits qui se sont déroulés avant la démonopolisation et la privatisation de la *British Telecom*.

11. H. SMIT et P. HERZOG, *The Law of the European Economic Community*, New York, Bender, 1976, 3 346. Cette limitation est elle-même limitée par la dernière phrase de l’article 90 § 2 selon laquelle le développement des échanges ne peut être affecté dans une mesure contraire à l’intérêt de la Communauté.

sages”. La Cour a considéré que le pouvoir réglementaire de la British Telecom faisait partie de son activité d’entreprise, car son exercice remplissait les mêmes fonctions que des clauses contractuelles relatives aux prix et conditions des services. C’est pourquoi la Cour a décidé que même l’activité réglementaire de la British Telecom était soumise à l’application de l’article 86. Il en résulte néanmoins que, parmi les activités d’une entreprise publique soumise aux règles de la concurrence, certaines de ces activités pourraient échapper à ces règles si elles ne sont pas des activités d’“entreprise”. Par activité d’entreprise, il y a lieu d’entendre des activités de nature économique.

b. L’article 222

- Dans l’affaire British Telecom, la requérante prétendait que l’article 222 du Traité, selon lequel ce dernier “ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États Membres”, faisait obstacle à l’application de l’article 86 aux règlements incriminés, puisque ces règlements étaient destinés à protéger le monopole légal de British Telecom. Ayant constaté que ce monopole ne portait que sur la gestion des services de télécommunications et non sur la fourniture de services annexes tels que la transmission de messages pour le compte d’autrui, la Cour a rejeté ce moyen. Bien que la Cour n’ait pas eu à se prononcer, puisqu’en l’espèce il était ici contesté que l’activité incriminée n’entraîne pas dans le cadre du monopole légal, on notera cependant que l’article 222 n’implique pas, selon nous, que les règles de concurrence ne soient pas applicables aux monopoles publics, lorsque ceux-ci ne sortent pas du monopole qui leur est confié. En effet, une telle interprétation irait directement à l’encontre du contenu explicite de l’article 90. L’article 222 permet le maintien et la création de nouvelles entreprises publiques, mais ne les soustrait pas aux autres dispositions du Traité, qui leur sont explicitement déclarées applicables et plus particulièrement à l’application des règles de concurrence¹².
- En conclusion, les PTT sont dans une large mesure soumises aux règles de concurrence contenues dans les articles 85 et 86. Il convient maintenant d’étudier les applications possibles de ces dispositions au secteur des télécommunications.

β. Les accords entre entreprises [article 85]

12. Voir, dans ce sens, D. LASOK, *The Law of the Economy in the European Communities*, London, Butterworth, 1980, p. 257. — Voir aussi Arrêt Sacchi du 30 avril 1974, aff. 155/73, *Rec.* 1974, p. 409 et s. Si l’argument était valable, il soulèverait le difficile problème de la délimitation des monopoles légaux, qui s’avère souvent délicat dans le secteur des télécommunications dont les monopoles ont été définis bien antérieurement à l’apparition des techniques de télécommunication.

Il est indispensable de conclure des accords au niveau international, pour permettre aux différents systèmes nationaux de télécommunications de fonctionner de façon intégrée. De tels accords portent, par exemple, sur la normalisation, la structure des réseaux internationaux, les tarifs, etc.

Ils sont généralement conclus au niveau intergouvernemental¹³ et échappent donc, en principe, à l'interdiction des accords restrictifs de la concurrence édictée par l'article 85 puisque celui-ci vise les accords entre "entreprises". Toutefois, par analogie avec la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes sur l'application du droit de la concurrence aux mesures étatiques¹⁴, on ne devrait pas exclure que des accords internationaux en matière de télécommunications (relatifs notamment aux tarifs), et donnant éventuellement lieu à des mesures nationales, puissent être soumis à l'article 85 dans la mesure où ils ont un effet sur le jeu de la libre concurrence.

Par ailleurs, les accords entre États soulèvent la question du conflit entre le droit communautaire et les règles internationales. Cette question est réglée par l'article 234 alinéa 1 du Traité C.E.E. dans le sens de la primauté du Traité C.E.E. sur les conventions internationales postérieures à son entrée en vigueur. En matière de télécommunications, cette disposition a été invoquée dans l'affaire *British Telecom* et la Commission a affirmé la primauté du Traité C.E.E. sur l'application au Royaume-Uni de la Convention internationale des télécommunications puisque celle-ci avait été révisée postérieurement à l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés européennes. La Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur cette question. Lorsque des accords sont conclus entre les PTT elles-mêmes, par exemple des accords conclus au sein de la C.E.P.T.¹⁵, l'article 85 trouverait aussi à s'appliquer pour autant que de tels accords restreignent la concurrence dans le Marché commun. Pourraient être considérés comme tels : des accords portant sur les itinéraires à suivre pour l'envoi de messages de télécommunications internationaux imposant le passage par certains États membres à l'exclusion d'autres États membres ou des accords fixant des conditions inégales à des services de télécommunications rendus à des partenaires commerciaux équivalents¹⁶. L'effet restrictif de tels accords sur la concurrence se manifesterait, par exemple, parmi les fournisseurs d'informations

13. Par exemple au sein de l'Union internationale des télécommunications — U.I.T. —, cf. ci-après.

14. Voir notamment : Arrêt du 8 juin 1971, aff. 78/70, *Deutsche Grammophon*, *Rec.*, p. 487 ; Arrêt du 16 novembre 1977, aff. 13/77, *Inno c. Atab*, *Rec.* 2115 ; Arrêt du 29 janvier 1985, aff. 231/83, *Henri Cullet*, *J.T.*, 1985, p. 222. Voir aussi la décision de la Commission du 24 avril 1985 concernant les assurances en Grèce, *J.O.* n° L 152/25.

15. La Conférence européenne des administrations des postes et des télécommunications, créée en 1959, est constituée de 26 pays membres dont les 12 États membres de la C.E.E. Ses décisions et recommandations n'ont pas force obligatoire sur le plan international, mais les PTT y adhèrent en général (voir CHAMBRE de COMMERCE INTERNATIONALE, "Les organisations internationales des Télécommunications", *Guide pour l'entreprise*, Doc. 373/29, janvier 1985, p. 15-16).

16. Voir Th.J. RAMSEY, "Europe Responds to the Challenge of the Information Technologies. A Teleinformatics Strategy for the 1980's", *Cornell International Law Journal* 14, 1981, p. 277.

par télécommunications (banques de données) qui seraient soumis à des conditions différentes selon leur pays d'installation.

À notre connaissance, l'article 85 n'a cependant pas encore donné lieu à des décisions de la Commission ou des tribunaux dans le secteur des télécommunications. Cependant, certaines affaires sont actuellement examinées par la Commission et pourraient faire l'objet de décision prochainement.

γ. L'abus de position dominante [article 86]

L'article 86 dispose qu'"est incompatible avec le Marché commun et interdit dans la mesure où le commerce entre les États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci (...)".

C'est sur base de cette disposition que la Cour de Justice a appliqué pour la première fois le droit de la concurrence au secteur des télécommunications. Dans son arrêt du 20 mars 1985, la Cour a confirmé la décision de la Commission de condamner la British Telecom pour abus de position dominante¹⁷. Il est donc intéressant pour l'objet de notre étude de résumer et de commenter cette affaire. Les faits sont les suivants. En raison de différents facteurs (écarts dans les coûts réels, fluctuations monétaires, politiques tarifaires différentes) les tarifs de télécommunications au Royaume-Uni étaient, au moment des faits, particulièrement attractifs. Voulant tirer parti de cet avantage, des agences privées de réexpédition de messages installées au Royaume-Uni ont offert à leurs clients un service nouveau, consistant à recevoir des messages télex ainsi que des données transmises par lignes téléphoniques au départ d'ordinateurs situés à l'étranger en vue de les réexpédier vers leur destinataire final également à l'étranger. Le coût total de la transmission pour l'expéditeur était inférieur à celui qu'il aurait payé s'il avait envoyé le message directement à son destinataire au moyen des services traditionnels de télécommunications. En vertu du Post Office Act de 1969 [article 28] et du Telecommunications Act de 1981 [article 21], la British Telecom disposait du pouvoir de réglementer les prix et conditions des services de télécommunications au Royaume-Uni. Usant de ce pouvoir normatif, la British Telecom a adopté divers règlements prévoyant que les prix pratiqués par les agences de réexpédition, pour la retransmission de messages en provenance et à destination de l'étranger, ne pouvaient être inférieurs au prix qu'aurait payé un expéditeur s'il n'était pas passé par l'intermédiaire de l'agence, c'est-à-dire s'il

17. Il est important de rappeler les faits pour lesquels la British Telecom avait été condamnée se sont déroulés entre 1975 et 1981, alors que celle-ci était une entreprise publique jouissant d'un monopole légal. Depuis, les télécommunications ont été démonopolisées et privatisées au Royaume-Uni par les Télécommunications Acts de 1981 et 1984.

avait directement envoyé le message à son destinataire final. En pratique, ces règlements empêchaient les agences privées de réexpédier de messages.

Suite à une plainte introduite par une de ces agences privées de réexpédition de messages, sur base de l'article 3 du Règlement 17¹⁸, pour violation des règles du droit européen de la concurrence, la Commission des Communautés européennes a déclaré dans sa décision du 10 décembre 1982, que les règlements pris par la British Telecom, pour limiter les activités des agences de réexpéditions de messages, constituaient des infractions à l'article 86.

Dans la motivation de la décision, on relève les points suivants :

— British Telecom est une entreprise au sens de l'article 86 occupant, en vertu de son monopole légal, une position dominante dans une partie substantielle du Marché commun.

— Les règlements édictés par British Telecom, en vue d'empêcher les activités internationales des agences privées de réexpédition de messages, constituent un abus de position dominante en ce que :

1. ils limitent les activités de ces agences au détriment de clients dans d'autres États membres ;
2. ils appliquent des conditions inégales à des prestations équivalentes fournies par ces agences (la réexpédition de messages provenant du Royaume-Uni, d'une part, et de ceux provenant de l'étranger, d'autre part), infligeant ainsi aux agences un désavantage dans la concurrence avec les autorités nationales de télécommunications établies dans d'autres États membres ;
3. ils imposent aux agences un système de facturation sans lien avec la nature et la qualité du service fourni ;
4. ils limitent le développement d'un nouveau marché.

Cet abus de position dominante est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, puisque les interdictions imposées par British Telecom affectent la prestation de services par des agences de réexpédition de messages installée au Royaume-Uni à des clients établis dans d'autres États membres.

Le gouvernement britannique qui, au moment où la décision de la Commission a été prise, commençait à mettre en œuvre une politique de dérégulation et de démonopolisation dans le domaine des télécommunications au Royaume-Uni, n'a pas contesté la décision. Au contraire, il est intervenu en soutien de la Commission dans la procédure en annulation qui avait été introduite par la République italienne, sur la base de l'article 173 du Traité C.E.E., laquelle se faisait probablement le porte-parole de la C.E.P.T.¹⁹.

18. *J.O.*, 1962, 204.

19. Selon F. KUITENBROUWER, "European Court Blasts Telecommunications Monopoly", *Transnational Data Report* VIII / 5, 1985, p. 226.

Les questions qui se posaient aux juges étaient d'abord celle de l'applicabilité du droit européen de la concurrence à l'activité réglementaire de British Telecom et, ensuite, au cas où ces règles seraient effectivement applicables : celle de l'existence, en l'espèce, d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 du Traité de Rome. Les réponses des juges à la première question ont été évoquées ci-dessus.

En ce qui concerne la deuxième question, la requérante avançait que les règlements adoptés par British Telecom en vue de limiter l'activité des agences de réexpédition de messages ne constituaient pas un abus de position dominante au sens de l'article 86 pour trois raisons : ils étaient nécessaires pour empêcher une utilisation abusive des installations de télécommunications, ils étaient permis par l'article 90 paragraphe 2 du Traité C.E.E., et ils étaient pris en vertu de la Convention internationale des télécommunications.

Les deux derniers arguments ont été examinés ci-dessus. À propos du premier, le gouvernement italien soutenait que les agences de réexpédition de messages abusaient des installations de télécommunications mises à leur disposition, en offrant à leurs clients, grâce aux différences tarifaires entre les pays et à l'utilisation d'appareillages spéciaux, un service plus efficace et moins coûteux que celui offert traditionnellement par les PTT. Selon la Cour, le "recours à une technologie nouvelle permettant une transmission accélérée des messages constitue un progrès technique conforme à l'intérêt général et ne saurait être regardé, par lui-même, comme constitutif d'un abus et, en conséquence, des règlements destinés à prévenir ces pratiques ne pouvaient être justifiés".

La British Telecom avait donc abusé de sa position dominante en adoptant les règlements incriminés.

Depuis l'affaire British Telecom, il n'y a plus eu, à notre connaissance, d'application formelle de l'article 86 dans le secteur des télécommunications au niveau européen. Toutefois, initialement, c'est notamment sur base de cette disposition que la Commission a formulé des objections à l'égard des prétentions de la Bundespost, administration fédérale des postes et télécommunications en République fédérale d'Allemagne, d'exercer son monopole sur la fourniture et la maintenance des modems. La Commission considérait que la Bundespost abusait de sa position dominante en interprétant trop largement l'étendue de son monopole²⁰. Il semble qu'elle ait finalement essentiellement usé de l'article 90 plutôt que de l'article 86 dans cette affaire, étant donné que cette extension de monopole était imputable à l'État plutôt qu'à la Bundespost²¹.

On signalera aussi qu'au moment de l'installation du réseau interbancaire SWIFT, les PTT européennes, craignant une importante perte de revenus des

20. En matière postale, la Commission est également intervenue sur base de l'article 86 afin que la Bundespost accepte la concurrence des coursiers internationaux. Voir Bull. C.E., 1-1985, p. 21-22.

21. Voir *infra* III et J. SHERER, *op. cit.*, note 1.

télex²², ont voulu lui imposer, par le biais de la C.E.P.T., une méthode de calcul de prix qui ne lui convenait pas. Bien que les parties soient finalement arrivées à un accord, il semble que SWIFT avait, à l'époque, introduit auprès de la Commission une plainte pour abus de position dominante.

Enfin, sur le plan national, le Tribunal de Commerce de Bruxelles a rendu un jugement le 31 juillet 1986 dans lequel il considère que la RTT belge a violé l'article 86 en proposant de conclure avec un fabricant un contrat de concession exclusive de certains commutateurs privés²³.

Dans ses attendus, le juge a souligné la position particulière dans laquelle se trouve la RTT étant donné que celle-ci cumule, d'une part, des compétences en matière d'agrément des équipements destinés à être connectés au réseau public de télécommunications et, d'autre part, des activités en tant que vendeur d'équipements de télécommunications. Selon le juge, si la RTT avait conclu le contrat d'approvisionnement exclusif des commutateurs privés en question, elle aurait inévitablement été amenée à privilégier l'agrément des appareils dont elle assurait elle-même la vente et ce, au détriment des autres fournisseurs.

L'article 86 a aussi été invoqué à l'encontre de la politique d'approvisionnement des appareils téléphoniques par les PTT devant un tribunal hollandais, mais l'argument n'a pas été retenu par le tribunal notamment parce que, selon ce dernier, l'affectation du commerce entre les États membres n'était pas établie²⁴.

La Cour de Justice des Communautés européennes a aussi été appelée à se prononcer sur l'application de l'article 86 dans le secteur des télécommunications à l'occasion de questions préjudicielles posées par des tribunaux nationaux. Dans l'affaire *Alsatel / Novasam*²⁵, le Tribunal d'Instance de Strasbourg a demandé à la Cour de Justice si l'imposition par Alsatel (qui dispose de droits exclusifs de fourniture d'équipements téléphoniques dans une partie de la France) de contrats de location de très longue durée (plus de dix ans) à ses clients ne constitue pas une violation de l'article 86. La Cour a répondu qu'en l'espèce, il n'était pas établi que cette pratique avait un effet sur le commerce entre les États membres et qu'il n'y avait donc pas lieu à application

22. SWIFT fonctionne sur lignes louées.

23. Cf. *J.T.*, 1987, p. 345, obs. B. DE CROMBRUGGHE. Le juge, dans sa décision, s'est référé à un arrêt du 3 octobre 1985 de la Cour de Justice des Communautés européennes en réponse à une question préjudicielle (aff. 311 / 84), et selon lequel une entreprise (en l'occurrence dans le secteur de l'audio-visuel) détenant une position dominante sur un marché donné en raison de dispositions législatives ou réglementaires, abuse de cette position au sens de l'article 86 si elle se réserve à elle-même ou à une entreprise appartenant au même groupe, sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celles-ci sur un marché voisin mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise.

24. Jugement du tribunal de Copenhague du 27 mars 1986 rapporté par E.J. DOMMERING, *Computerrecht* 3, 1986, p. 180-182.

25. Affaire n° 240 / 86, *J.O.* n° .

de l'article 86. Dans l'affaire RTT / GB-INNO-BM²⁶, le Tribunal de Commerce de Bruxelles a demandé à la Cour si le monopole de la RTT pour la délivrance des autorisations de connecter des appareils au réseau public de télécommunications et d'établir des règles relatives à la fourniture d'appareils par des tiers ainsi que son pouvoir de fixer arbitrairement les normes auxquelles les appareils doivent répondre, ne constituait pas une violation de l'article 86 (b) et (c) du Traité. La Cour de Justice ne s'est pas encore prononcée dans cette affaire.

b. L'application des règles sur la libre circulation des marchandises

Nous avons déjà souligné que, dans la plupart des pays de la C.E.E., les monopoles publics de télécommunications s'étendaient, en droit ou en fait, à la fourniture des équipements de connexion aux réseaux. Si, en raison de la diversification et de la sophistication des appareils terminaux, les PTT renoncent dans certains cas à leurs monopoles, les restrictions imposées quant aux types d'équipements qui peuvent être connectés aux réseaux et à leurs fournisseurs, méritent néanmoins un examen de leur compatibilité avec les règles du Traité de Rome sur la libre circulation des marchandises.

Les articles 9 à 37 du Traité visent la libre circulation des marchandises dans le Marché commun par l'abolition des droits de douane et des taxes d'effet équivalent [articles 9 à 29] et l'élimination des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent [articles 30 à 37].

L'abolition des droits de douane et des taxes d'effet équivalent n'a pas posé de problème particuliers dans le secteur des télécommunications. Par contre, de ce point de vue, les articles 30 et suivants méritent plus d'attention. L'article 30 pose le principe de l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et des mesures d'effet équivalent²⁷, et l'article 31 interdit l'introduction par les États membres de nouvelles mesures de ce type. L'article 36 prévoit la possibilité de déroger aux articles 30 et suivants, notamment pour des raisons de moralité, d'ordre, de sécurité, de santé, etc., publics. Parmi ces exceptions, seule celle de la sécurité publique nous semble pouvoir être éventuellement d'application dans le secteur des télécommunications : les équipements nécessaires à un réseau national de sécurité (par exemple : des équipements d'encodage) pourraient bénéficier de l'exception de l'article 36.

Étant donné le statut de monopole des PTT, il y a lieu de s'attarder sur l'article 37. En effet, celui-ci prévoit un régime spécial pour les "monopoles nationaux présentant un caractère commercial". Les monopoles de télécommu-

26. Affaire n° 18 / 88, *J.O.*, n° C 43/4 du 16 février 1988.

27. La définition de cette notion donnée par la Commission est la suivante : "les dispositions législatives, réglementaires ou administratives, ainsi que les pratiques administratives, qui font obstacle à des importations ou des exportations, y compris celles qui rendent les importations ou les exportations plus onéreuses ou difficiles au regard de l'écoulement de la production nationale sur le marché national", *Premier rapport général sur l'activité des Communautés*, 1968, n° 22, p. 43.

nications nous semblent devoir être inclus dans cette notion. Ce sont des “monopoles” puisqu’ils disposent complètement de l’offre de certains produits (les appareils de connexion), tout en se trouvant devant une pluralité d’acheteurs²⁸ : ils sont “nationaux” dans la mesure où leurs droits leur ont été conférés par l’État, par lequel ils sont contrôlés *de jure* ou *de facto* ; enfin, ils ont un “caractère commercial”, dans la mesure où ils portent sur des échanges de marchandises (les équipements de télécommunications). Le régime spécial de l’article 37 leur est donc applicable.

Ce régime prévoit un aménagement progressif des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle sorte qu’à la fin de la période de transition²⁹ toute discrimination entre les États membres dans les conditions d’approvisionnement et de débouchés soit éliminée.

Il est très douteux que cet aménagement ait déjà été réalisé pour les télécommunications alors que la “période de transition” est terminée depuis longtemps pour la plupart des États membres. Cependant, la Commission a annoncé sa volonté d’y procéder. Dans son programme pour 1985, elle a indiqué “qu’en ce qui concerne les monopoles nationaux, de nouvelles mesures sont envisagées en vue d’empêcher le cloisonnement du Marché commun et les effets adverses sur la concurrence et que de nouveaux secteurs comme les télécommunications seront couverts. Tous les monopoles existants seront ajustés aussi rapidement que possible”³⁰. Cette volonté a été réaffirmée dans le Livre vert.

L’article 37 paragraphe 2 édicte une obligation de “standstill” à charge des États membres, c’est-à-dire une interdiction de créer de nouveaux monopoles tendant à introduire de nouvelles discriminations dans les conditions d’approvisionnement et de débouchés. Il résulte de cette disposition qu’une extension, par voie légale ou réglementaire, d’un monopole de télécommunications existant sur la fourniture d’équipements serait interdite dans la mesure où elle comporterait des discriminations entre les ressortissants des États membres, pour ce qui est des conditions d’approvisionnement et de débouchés.

La Commission a fait usage de cette disposition à l’encontre du gouvernement allemand, dans l’affaire des appareils téléphoniques sans fil³¹. Le gouvernement allemand avait l’intention d’adopter un règlement visant à étendre le monopole de la Bundespost aux appareils téléphoniques sans fil. Les fournisseurs privés de ces appareils auraient dès lors été empêchés de vendre directement aux utilisateurs. La Commission a considéré qu’un tel règlement constituerait une extension du monopole commercial de la Bundespost interdite par l’article 37

28. Voir la définition de L. MORISSENS, “Définition économique des monopoles nationaux”, in *Les monopoles dans le Marché commun*, p. 107, cité par J.V. LOUIS, D. VIGNES et M. WAELBROEK, *op. cit.*, p. 125.

29. Celle-ci est fixée par les articles 33 et 34.

30. Programme de la Commission, 1985, p. 34.

31. Bull. C.E. 3-1985, point 2.1.43, p. 30.

paragraphe 2. Suite à l'intervention de la Commission, le gouvernement allemand a renoncé à adopter le règlement en question. À l'occasion de cette affaire, la Commission a déclaré son intention d'examiner attentivement toute extension de monopole de télécommunications³². On signalera dès lors qu'en plus de la possibilité pour un particulier (par exemple un fabricant d'équipements terminaux) d'invoquer directement l'article 37 devant une juridiction nationale³³, une action informelle de sa part, auprès de la Commission devrait être bien reçue.

c. L'application des règles sur la libre prestation des services

Nous avons vu que les monopoles des PTT portaient notamment sur l'exploitation des réseaux. Tel est le but final de la télécommunication, à savoir la transmission d'informations à distance *via* les réseaux de télécommunications. Une telle activité doit être considérée comme un "service" au sens du Traité de Rome [plus particulièrement les articles 59 et 60] et non comme une "marchandise", puisqu'elle n'implique pas de transactions sur des biens ou des échanges de biens³⁴. La télédistribution, qui constitue un autre moyen de transmission d'informations, a aussi été considérée par la Cour comme un "service" et non une "marchandise"³⁵. Dans ses conclusions relatives à l'affaire Sacchi, Monsieur l'Avocat général Reischl considérait que l'argument selon lequel ce transfert d'informations implique une fourniture d'énergie électrique, c'est-à-dire d'une marchandise, doit être rejeté, "car il ne s'agit pas d'énergie électrique mais de la diffusion des messages pour laquelle l'énergie électrique n'est que le moyen technique"³⁶.

Parmi les règles du Traité relatives à la libre prestation de services, il ne figure pas de disposition similaire à l'article 37 (contenue dans le Titre consacré à la libre circulation des marchandises). Il en résulte qu'en principe, une extension d'un monopole public, sur des services et non des marchandises de télécommunications échapperait aux dispositions du Traité de Rome, sauf recours à l'article 90. En effet, l'article 90 paragraphe 1 prévoit :

Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

32. Voir *Press Release* du 26 mars 1985 I. P. (85) 22.

33. En vertu de l'Arrêt *Enel* (du 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Rec.* 1964, p. 1157) et de l'Arrêt *Lütticke* (16 juin 1966, aff. 57/65, *Rec.* t. XII, p. 293).

34. Pour une discussion approfondie des notions de "services" et de "marchandises" dans un secteur proche de celui des télécommunications, voir Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur l'établissement du Marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble*, Communication de la Commission au Conseil, COM (84) final, p. 105.

35. Arrêt *Sacchi* voir note 15.

36. *Idem*, p. 441.

Le paragraphe 3 de ce même article donne à la Commission le pouvoir d'adresser des directives ou des décisions appropriées aux États membres, afin qu'ils respectent les prescriptions de l'article 90.

En se référant aux règles du Traité en général, l'article 90 vise notamment le principe de l'abolition progressive des restrictions à la libre prestation de services contenue dans l'article 59. Dès lors, cette disposition pourrait être invoquée par la Commission, au cas où un État membre adopterait des mesures de nature à étendre un monopole sur les services de télécommunications. Il semble que ce soit également sur base de l'article 90 que la Commission a finalement contesté l'extension du monopole de la Bundespost à la fourniture et la maintenance des modems³⁷. De même, des restrictions à la fourniture de services de télécommunications entre les États membres (telles que des restrictions à l'usage de lignes louées pour certaines activités) sont en principe interdites par le Traité. Sont seules autorisées, les restrictions à la liberté de prestation de services fondées sur des raisons non-économiques telles que l'exercice de l'autorité publique ainsi que l'ordre, la santé et la sécurité publiques.

d. Conclusion

Il résulte de l'analyse qui précède qu'en matière de contrôle de monopoles de télécommunications dans les pays de la C.E.E., les dispositions de droit européen citées ci-après peuvent être utilisées dans les cas suivants :

- en cas d'accord restrictif de la concurrence entre entreprises publiques détenant un monopole de télécommunications, l'article 85 est applicable ;
- en cas d'abus de sa position dominante par une entreprise détenant le monopole des télécommunications (par exemple, augmentation abusive des prix, limitation du développement technique au détriment des consommateurs), en ce qui concerne tant les services que les marchandises, l'article 86 est applicable ;
- en cas d'extension par un État membre (par exemple au moyen d'une loi ou d'un règlement) d'un monopole national sur les marchandises de télécommunications (et non les services), l'article 37 est applicable ;
- en cas d'extension d'un monopole national par un État membre sur les services de télécommunications, l'article 90 est applicable.

Les interventions que la Commission a déjà faites dans le domaine des télécommunications sont un signe de sa volonté de favoriser la création et la stimulation d'un marché communautaire des télécommunications. Cette volonté a été

37. Cette extension résulterait du § 8 al. 4 du Fernmeldeordnung. On signalera aussi que la Commission a récemment appliqué l'article 90 dans une autre branche du secteur des services. Il s'agit de la décision du 24 avril 1985 (J.O., n° L 152/25) par laquelle la Commission a déclaré que la législation grecque favorisant les sociétés d'assurances du secteur public était incompatible avec l'article 90 (1).

confirmée à plusieurs reprises notamment lors de l'adoption du programme RACE (Research and Development in Advanced Communications Technology for Europe), dans lequel figure la lutte contre les abus des monopoles des PTT et par le programme de la Commission pour 1985, dans lequel elle indique qu'elle veillera à ce que les règles relatives à la concurrence et à la libre circulation des marchandises soient respectées dans le domaine des télécommunications. Les vues de la Commission sur l'application des règles du Traité de Rome au secteur des télécommunications sont exprimées dans le Livre vert publié en juin 1987 et plus amplement discutées ci-après.

2. *Le nouveau cadre réglementaire européen des télécommunications*³⁸

Dès 1984, la Communauté économique européenne a entamé un vaste programme d'action en matière de télécommunications³⁹. Cette action s'est encore amplifiée à l'occasion de la publication en 1987 par la Commission des Communautés européennes d'un Livre vert sur les télécommunications⁴⁰.

Plusieurs raisons ont motivé l'intervention de la C.E.E. dans le secteur des télécommunications. La convergence des technologies des télécommunications et de l'informatique confronte une industrie ancienne et très réglementée à une industrie nouvelle et peu réglementée. Pour que cette fusion puisse se réaliser pleinement, il est nécessaire d'adapter le cadre juridique dans lequel évoluent ses partenaires. Dans d'autres parties du monde, cette réforme réglementaire a déjà eu lieu. Il faut donc le faire en Europe pour éviter que l'industrie européenne des télécommunications prenne du retard par rapport à ses concurrents, particulièrement américains et japonais. Un tel retard serait fatal à l'économie européenne puisque les télécommunications lui sont devenues un outil indispensable (on estime que d'ici la fin de ce siècle, soixante pour cent des emplois dans la Communauté européenne seront directement ou indirectement dépendants des télécommunications). Au moment où de grands efforts sont déployés pour réaliser un grand marché européen, une réforme réglementaire des télécommunications doit se faire d'emblée de manière harmonisée au niveau de la Communauté européenne. En effet, le coût de la "non-Europe" des télécommunications est énorme⁴¹. On ne pouvait donc laisser se développer des réformes réglementaires nationales divergentes maintenant la fragmentation du marché.

L'objet de ce chapitre est de donner un *aperçu* général et succinct des mesures proposées et parfois déjà adoptées, par les institutions des Communautés européennes pour réformer le cadre réglementaire des télécommunications en Europe⁴². Avant de procéder à la présentation de ces mesures, rappelons qu'elles trouvent leur origine dans le Livre vert. Ce document de discussion, publié en juin 1987, contient des propositions de réformes réglementaires qui sont le fruit

38. Le présent article tient compte des informations disponibles à la date du 15 septembre 1989.

39. Communication de la Commission au Conseil sur les télécommunications, COM (84) 277 du 18 mai 1984 contenant le programme d'action approuvé par le Conseil des Ministres du 17 décembre 1984.

40. Cf. *supra*.

41. Des études montrent que l'ouverture des marchés publics de télécommunications au niveau européen entraînerait une économie de un à trois milliards d'ECU qui permettrait de diminuer les tarifs de télécommunications de 2 à 5 %. Ces études montrent aussi que la libéralisation des services à valeur ajoutée produirait des revenus supplémentaires aux administrations de télécommunications de 0,3 à 0,4 milliards d'ECU d'ici 1990 (cf. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES, *Research on the "Cost of Non-Europe"*. *Basic Studies : Executive Summaries*, Luxembourg, 1988).

42. Les mesures relevant de la politique industrielle telle que l'aide à la recherche développement ne font donc pas l'objet de ce chapitre. L'application de la politique extérieure de la Communauté économique européenne aux télécommunications ainsi que l'ouverture des marchés publics dans le secteur des télécommunications en ont aussi, pour des raisons de place, été exclus.

d'une profonde analyse des aspects techniques et économiques des télécommunications en Europe et du régime juridique auquel elles sont soumises dans les États membres, aux États-Unis et au Japon. Le Livre vert a donné lieu à un large débat auquel l'ensemble des parties intéressées ont participé (notamment les administrations de télécommunications, les fournisseurs privés de services et d'équipements informatiques et de télécommunications, les utilisateurs et les syndicats). Le débat public a permis de dégager un large consensus sur la plupart des propositions contenues dans le Livre vert sur base duquel la Commission a présenté en février 1988 un programme d'action généralement conforme à ses propositions initiales⁴³. Ce programme d'action a lui-même reçu le soutien du Conseil des Ministres⁴⁴, du Parlement européen⁴⁵ et du Comité économique et social⁴⁶. Le nouveau cadre réglementaire des télécommunications appréhende les trois éléments constitutifs de cette technologie : les terminaux, les services et l'infrastructure qui seront examinés successivement ci-après.

a. Les équipements terminaux de télécommunications

Les mesures relatives aux équipements terminaux de télécommunications s'articulent autour de trois axes inséparables : l'ouverture des marchés à la concurrence, la reconnaissance mutuelle des agréments et la normalisation.

α. L'ouverture des marchés de terminaux à la concurrence

En mai 1988, la Commission a adopté une Directive relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications⁴⁷. D'un point de vue procédural, cette Directive présente la particularité d'avoir été adoptée en vertu de l'article 90 du Traité C.E.E. Selon cette disposition, la Commission (plutôt que le Conseil des Ministres) peut adresser des directives aux États membres dans le cadre de sa mission de surveillance du respect des règles du Traité dans les relations entre les États membres et les entreprises publiques et les entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. L'usage de cette procédure par la Commission a été critiqué. La Cour de Justice des

43. Communication de la Commission, *Vers un marché communautaire compétitif en matière de télécommunications en 1992. Mise en application du Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications. État des discussions et propositions faites par la Commission*, COM (88) 48 du 9 février 1988.

44. Résolution du Conseil du 30 juin 1988 sur le développement du marché commun des services et équipements de télécommunications pour 1992, *J.O.* n° C 257 du 4 octobre 1988.

45. Résolution du 14 décembre 1988.

46. Avis du 27 avril 1988 sur la Communication de la Commission : "Vers un marché communautaire compétitif en matière de télécommunications en 1992. État des discussions et propositions par la Commission", *J.O.* n° C 175 du 7 juillet 1988.

47. Directive de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications., *J.O.* n° L 131 du 27 mai 1988.

Communautés européennes examine actuellement un recours en annulation relatif à cette Directive⁴⁸. Ce recours n'ayant pas d'effet suspensif, la Directive reste obligatoire tant que la Cour de Justice ne s'est pas prononcée.

La fourniture des terminaux a longtemps fait l'objet de monopoles étatiques. Les rapides évolutions technologiques au cours des dernières années ont déjà amené les détenteurs de ces monopoles à y renoncer en ce qui concerne les appareils les plus sophistiqués. L'objectif de la Directive précitée est d'assurer graduellement d'ici 1990, une libéralisation totale (y compris du simple combiné téléphonique à usage domestique) de ce marché dans l'ensemble de la Communauté européenne. Pour réaliser cet objectif, la Directive impose d'abord aux États membres d'abolir tous les droits spéciaux ou exclusifs de commercialisation (au sens large) des terminaux. Cette obligation générale est assortie de plusieurs mesures particulières visant à garantir une libéralisation effective. Ainsi, les États membres doivent publier les caractéristiques techniques des points de terminaison des réseaux publics de télécommunications (de sorte que les terminaux puissent être fabriqués en conséquence) et y donner accès (pour que les terminaux puissent y être connectés). De même, l'effet de la Directive aurait été limité si les utilisateurs liés par des contrats de location ou d'entretien ne pouvaient résilier ceux-ci moyennant un court préavis pour s'adresser aux nouveaux fournisseurs. La Directive débloque le marché en imposant aux États membres de permettre la résiliation de tels contrats avec préavis maximum d'un an. Une réelle ouverture des marchés ne pouvait se réaliser sans transparence : les États membres doivent publier les spécifications et règles d'agrément des terminaux.

Pour éviter les conflits d'intérêt, la Directive exige aussi que pour le 1^{er} juillet 1989, les activités de réglementation des télécommunications (c'est-à-dire la formalisation des spécifications techniques, le contrôle de leur application et la délivrance des agréments) soient effectuées par une entité indépendante des exploitants de télécommunications. Les fonctions de réglementation et d'exploitation qui dans beaucoup d'États membres sont encore exercées par une seule et même entité doivent être confiées à des organismes nettement séparés. Un cumul de fonctions place l'entité qui en fait l'objet dans la position inconfortable de juge et partie, ce qui conduit inévitablement à des violations du droit de la concurrence⁴⁹.

β. La reconnaissance mutuelle des agréments de terminaux

48. Action introduite le 22 juillet 1988 par la République française contre la Commission des Communautés européennes, Aff. 202/88, *J.O.* n° C 216 du 18 août 1988.

49. Voir Aff. F.I.T./R.T.T., Comm. Bruxelles (action en cessation), 31 juillet 1986, *J.T.*, 1987, p. 345 et Aff. "British Telecom", Italie/Commission, Aff. 41/83, 20 mars 1985, 2 CMLR, 36. La problématique du cumul de fonctions fait également l'objet de l'affaire pendante devant la Cour de Justice des Communautés européennes R.T.T./GB-INNO-BM s.a., Aff. 18/88 (question préjudicielle), *J.O.* n° C 43 du 16 février 1988.

Le développement d'un marché européen des terminaux de télécommunications serait enrayé si, pour être commercialisé dans le Marché commun, ils devaient encore être soumis à autant de procédures de tests de conformité et d'agrément qu'il n'y a d'États membres. Ces procédures nationales lourdes et coûteuses contribuent à la fragmentation du marché.

Pour éliminer ces inconvénients, un programme en deux phases a été mis en place dès 1986. La première phase visait à assurer la reconnaissance mutuelle par chaque État membre des essais de conformité par rapport à des spécifications techniques communes, effectués dans un autre État membre⁵⁰. Cette Directive permet d'éviter qu'un terminal ayant fait l'objet d'essais de conformité dans un État membre ne doive être soumis à des essais similaires dans un autre État membre avant de pouvoir y être connecté au réseau public de télécommunications. Toutefois, cette Directive ne met pas encore en place un système de reconnaissance mutuelle des autorisations de connexion dans les différents États membres.

La deuxième étape de la reconnaissance mutuelle des agréments de terminaux a fait l'objet d'une Proposition de Directive du Conseil présentée par la Commission le 7 juillet 1989⁵¹. L'objectif de cette Proposition de Directive est d'assurer la pleine reconnaissance mutuelle des agréments de terminaux. Cela signifie qu'un terminal qui a fait l'objet d'une agrément dans un État membre conformément aux procédures prévues dans la Proposition de Directive pourra être librement commercialisé et connecté aux réseaux publics de télécommunications dans les autres États membres sans être soumis à d'autres procédures. Pour bénéficier de ces avantages, les terminaux devront répondre aux "exigences essentielles" (sécurité de l'utilisateur et du personnel des exploitants du réseau, projection du réseau, interfonctionnement avec l'équipement du réseau et, éventuellement, avec d'autres terminaux). Les terminaux bénéficiant de ce régime seront reconnaissables à la marque "CE".

γ. La normalisation

La reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux va de pair avec une politique de normalisation au niveau européen. Dès 1983, une Directive établissant une procédure de fourniture d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques a été adoptée⁵². Cette Directive, qui

50. Directive du Conseil du 24 juillet 1986 concernant la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications, *J.O.* n° L 217 du 8 août 1986.

51. Proposition de Directive du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux équipements terminaux de télécommunications, incluant la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.* n° C 211 du 17 août 1989.

52. Directive du Conseil du 28 mars 1983 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.* n° L 109 du 26 avril 1983, modifiée par la Directive 88/182/CEE, *J.O.* n° L 81 du 26 mars 1988.

s'applique entre autres au domaine des télécommunications, oblige les États membres à communiquer à la Commission les projets de réglementations techniques et projets de normes qu'ils comptent adopter et permet à la Commission d'intervenir si elle considère qu'ils pourraient constituer des barrières aux échanges intra-communautaires. La Commission espérait ainsi prévenir l'introduction de nouvelles normes et réglementations de nature protectionniste. Cependant, cette Directive n'a pas été entièrement respectée par les États membres et n'a donc pas atteint pleinement ses objectifs.

La Directive précitée sur la première étape de la reconnaissance mutuelle des agréments d'équipements terminaux de télécommunications (cf. note 50) définit spécifiquement pour les équipements terminaux de télécommunications, des programmes de travaux sur des spécifications techniques communes par la CEPT en collaboration avec le CEN et le CENÉLEC.

Enfin, pour les domaines non couverts par la Directive citée ci-dessus, une Décision du Conseil des Ministres du 22 décembre 1986 relative notamment aux normes dans le domaine des technologies de l'information instaure différentes mesures pour favoriser la normalisation en Europe. Parmi celles-ci figure la détermination régulière des besoins prioritaires en matière de normalisation en vue d'établir des programmes de travaux et de faire élaborer les normes européennes⁵³.

La Commission est aussi intervenue sur le plan institutionnel en recommandant dans le Livre vert la création d'un organisme de normalisation européen pour le secteur des télécommunications. Celui-ci a été établi par la CEPT sous le nom d'Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI) à Sophia-Antipolis en France en 1988. L'ETSI a pour mission d'établir des normes communes européennes dans le domaine des télécommunications avec le concours de l'ensemble des parties intéressées (administrations de télécommunications, exploitants de réseaux, fabricants et utilisateurs). Dès la mise en œuvre par les États membres des dispositions des règles de procédure de l'ETSI, celui-ci entrera dans le processus de la normalisation européenne prévu par la Directive de 1983 précitée. Le Conseil des Ministres a récemment prié les États membres de nommer sans retard leurs représentants au sein de l'ETSI.

b. Les services de télécommunications

La Commission a adopté le 28 juin 1989 une Directive relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications⁵⁴. L'objectif de cette Directive, en parallèle avec les mesures relatives à la mise à disposition du

53. Décision du Conseil du 22 décembre 1986 relative à la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et des télécommunications, *J.O.* n° L 36 du 7 février 1987.

54. Directive de la Commission du 28 juin 1989 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications C(89) 671 final du 28 juin 1989.

réseau (cf. point c), est de créer un marché commun concurrentiel des services de télécommunications.

Comme la Directive relative à la concurrence dans les marchés des terminaux de télécommunications, cette Directive a été adoptée par la Commission en vertu de l'article 90 du Traité C.E.E. Elle a donc soulevé les mêmes critiques du point de vue procédural en plus d'une opposition de certains États membres concernant les mesures qu'elle leur impose.

En vue d'assurer le parallélisme entre cette Directive et celle relative à la mise à disposition du réseau, la Commission a reporté sa notification aux États membres, retardant ainsi son entrée en vigueur. La Directive devrait en principe entrer en vigueur pour le 1^{er} avril 1990.

Des restrictions à l'usage de l'infrastructure imposées par les États membres et leurs administrations de télécommunications aux autres prestataires de services de télécommunications ainsi que l'imposition de tarifs disproportionnés par rapport aux coûts limitent l'offre de services de télécommunications souhaités par les utilisateurs. La suppression de ces restrictions et contraintes tarifaires donnera lieu à un grand développement du marché des services de télécommunications et particulièrement des services de transmission de données pour lesquels une croissance annuelle de 15 à 20 % est prévue.

Certains services de télécommunications sont exclus du champ d'application de la Directive. Il s'agit du service télex, de la radiotéléphonie mobile, de la messagerie et des communications par satellites. La Directive ne concerne pas non plus les services de communication de masse (radiodiffusion et télévision). Ces services exclus du champ d'application de la Directive n'échappent pas pour autant aux règles du Traité C.E.E., et particulièrement celles relatives à la concurrence qui leur sont applicables en vertu d'éventuelles procédures individuelles.

La Directive impose aux États membres d'abolir les droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture de services de télécommunications autre que la téléphonie vocale. Celle-ci est donc considérée comme un service réservé selon la terminologie du Livre vert. La possibilité de maintenir la téléphonie vocale sous monopole est fondée sur l'article 90 alinéa 2 du Traité C.E.E. étant donné qu'elle constitue la principale source de revenus des exploitants des réseaux publics de télécommunications. L'application des règles de concurrence dans ce domaine pourrait donc menacer l'équilibre financier de ces exploitants et, en conséquence, faire échec à l'accomplissement de leur mission d'intérêt économique général.

Des dispositions transitoires ont été prévues pour les services de pure transmission de données au grand public étant donné la nécessité d'équilibrer progressivement les tarifs de ces services d'une part et ceux applicables à la location de lignes d'autre part. Les États membres pourront donc interdire

jusqu'au 31 décembre 1992 la simple revente de capacité au grand public de circuits loués connectés au réseau public de télécommunications. Le service de pure transmission de données est donc aussi un service réservé jusqu'au 31 décembre 1992.

Tous les autres services de télécommunications existants ou potentiels (les services "non réservés") peuvent être offerts en libre concurrence. De plus, des restrictions relatives au traitement des signaux en-dehors des réseaux publics (c'est-à-dire avant leur retransmission ou après leur réception) ne peuvent être imposées que si elles sont justifiées par le respect de l'ordre public ou des "exigences essentielles" (c'est-à-dire la sécurité du fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité et, dans les cas où elles sont justifiées, l'interopérabilité des services et la protection des données).

La Directive permet toutefois aux États membres de maintenir un certain contrôle du marché. En effet, la fourniture de services non réservés peut être soumise à des procédures d'autorisation ou de déclaration. L'objet de ces procédures doit être limité à assurer le respect des exigences essentielles précitées. Ces procédures doivent être objectives. Les autorisations doivent être accordées selon des critères objectifs, non discriminatoires et transparents, les refus éventuels doivent être motivés et assortis d'une possibilité de recours. Ces procédures relèvent de la compétence d'organismes indépendants des exploitants des réseaux conformément au principe de la séparation des activités de réglementation et d'exploitation des administrations de télécommunications.

Comme en matière de terminaux, la Directive exige que les caractéristiques des interfaces techniques nécessaires pour la fourniture de services non réservés soient publiées. Enfin, les clients des administrations de télécommunications liés par des contrats de plus d'un an pour des services devenus non réservés pourront résilier ceux-ci moyennant un préavis de six mois.

c. L'infrastructure de télécommunications

La politique proposée par la Commission vise le développement d'une infrastructure de télécommunications moderne et harmonisée au niveau européen avec pour but ultime de créer un réseau de communications européen à large bande. Deux types de mesures doivent être mentionnées à ce sujet. Il s'agit d'abord de celles relatives à la fourniture d'un réseau ouvert (plus généralement connues sous leur appellation anglaise : "Open Network Provision", ONP). Ces mesures sont ici examinées séparément, bien qu'elles en soient très proches, de la problématique des services (la mise à disposition du réseau est un service en soi et l'offre de services de télécommunications se fait à travers ce réseau). Il s'agit ensuite des mesures prises ou envisagées concernant les satellites, les communications mobiles et les réseaux numériques à intégration de services ("RNIS") et le futur réseau de communications ultra-rapide à larges bandes.

α. La fourniture d'un réseau ouvert ("ONP")

L'ONP a pour objectif d'assurer que les administrations de télécommunications et les autres fournisseurs de services de télécommunications participent sur une base équitable aux nouveaux marchés de télécommunications. L'adoption de principes communs relatifs aux conditions générales de la fourniture de l'infrastructure du réseau par les administrations de télécommunications est nécessaire car ces dernières sont à la fois détentrices d'un monopole sur l'infrastructure et fournisseurs, en concurrence avec d'autres, de services non réservés offerts au moyen de cette même infrastructure. Selon le Livre vert, de telles règles devraient permettre d'éviter une série d'affaires contentieuses et de longs conflits qui auraient dû être résolus en vertu des articles 52, 59 (sur la libre prestation de services), 85, 86 et 90 (sur la concurrence) du Traité C.E.E.⁵⁵. Toujours d'après le Livre vert, la notion d'ONP contient trois éléments : les interfaces techniques, les principes de tarification (et en particulier la tarification séparée des capacités de support et à valeur ajoutés) et les restrictions à l'utilisation dues aux services réservés.

Depuis l'introduction du concept d'ONP, un travail intensif pour définir plus précisément le contenu de cette notion a été entrepris par la Commission en collaboration avec les États membres⁵⁶ et les utilisateurs⁵⁷. Les règles de l'ONP seront fixées dans une Directive cadre contenant les principes de base de l'ONP⁵⁸ et une série de Directives spécifiques relatives à l'application de l'ONP à des domaines particuliers (dans un premier temps et successivement, les lignes louées, les réseaux publics de transmission de données et le réseau numérique à intégration de services)⁵⁹.

Les principes généraux de l'ONP

Les principes généraux de l'ONP sont contenus dans une Proposition de Directive cadre modifiée suite à l'avis du Parlement européen et qui peut être résumée comme suit :

- Les conditions harmonisées d'ONP doivent être basées sur des critères objectifs, être transparentes et publiées de manière adéquate ; elles ne doivent

55. *Livre vert... op. cit.*, p. 70.

56. Cette collaboration s'est faite dans le cadre du Groupe des hauts fonctionnaires pour les télécommunications ("Senior Officials Group Telecommunications, SOGT") et de son sous-groupe, le Groupe d'analyse et de prévision ("GAP").

57. Plusieurs consultations ont été organisées par la Commission et le GAP pour recueillir les vues des utilisateurs sur l'ONP.

58. Une proposition a déjà été soumise par la Commission au Conseil des Ministres en vertu de l'article 100 A du Traité CEE [Proposition modifiée de Directive du Conseil relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications ("Open Network Provision, ONP")], *J.O.* n° C 263 du 14 septembre 1989.

59. Les travaux pour la préparation de ces directives spécifiques sont en cours mais aucune d'elles n'a encore fait l'objet d'une publication.

pas discriminer entre les nationaux et les ressortissants d'autres États membres et doivent garantir l'égalité d'accès.

- Le développement et l'établissement des conditions ONP doivent être progressifs. Le développement d'offres harmonisées spécialement adaptées au service à valeur ajoutée fourni mais disponible à tous les usagers doit être souligné.
- Les conditions ONP nécessitent le développement de normes de réseaux ouverts dans le cadre d'une approche globale communautaire aux normes européennes.

Comme déjà mentionné ci-dessus, les conditions harmonisées de l'ONP concerneront trois secteurs : les interfaces techniques (de préférence, les interfaces techniques existantes seront utilisées et les nouvelles normes seront établies par l'ETSI), les conditions d'utilisation (telles que temps de fourniture, période contractuelle, qualité du service, possibilité d'utilisation partagée de sous-location et d'interconnexion des réseaux), les principes tarifaires (ajustement aux coûts, publication et application non discriminatoire). La Proposition de Directive prévoit aussi la procédure pour la définition des règles spécifiques de l'ONP et particulièrement l'association des parties intéressées (administrations de télécommunications et utilisateurs plus particulièrement) aux travaux.

Le but ultime de l'ONP est de permettre la reconnaissance mutuelle des procédures d'autorisation de manière qu'une autorisation obtenue dans un État membre donne droit au prestataire des services à les prêter dans toute la Communauté sans avoir à entreprendre d'autres procédures.

L'application de l'ONP dans des domaines spécifiques

Il est prévu d'établir des règles d'ONP concernant de multiples domaines : lignes louées, réseaux de transmission de données, RNIS, téléphonie vocale, télex, communications mobiles, réseau à large bande, etc. Les premiers domaines à être traités sont les lignes louées, les réseaux publics de données et le RNIS. Aucun projet de proposition de directive n'a cependant déjà été publié.

En janvier 1989, le Groupe d'analyse et de prévisions (GAP) a publié un rapport sur l'ONP pour les lignes louées⁶⁰. Les parties intéressées ont été invitées à faire connaître leur point de vue sur ce document et la problématique générale de l'ONP pour les lignes louées. La Commission prépare actuellement, notamment sur base de ce rapport et des commentaires qu'il a suscités, une proposition de directive. Le rapport du GAP propose que les conditions harmonisées au niveau européen d'offre de lignes louées répondent aux principes suivants : les administrations de télécommunications devraient adopter

60. Proposition par le Groupe d'analyse et de prévision sur l'ONP pour les lignes louées dans la Communauté, Bruxelles, 11 janvier 1989.

la même procédure administrative pour la commande de lignes louées dans l'ensemble de la Communauté européenne ; les utilisateurs devraient pouvoir s'adresser à un guichet unique pour les lignes internationales et bénéficier d'un système de facturation unique ; les conditions de fourniture devraient être publiées et contenir des informations sur les délais de délivrance et de réparation ainsi que les périodes contractuelles ; aucune restriction à l'usage ne pourrait être imposée pour les lignes utilisées pour la fourniture de services non réservés ; les tarifs devraient être fonction des coûts et pourraient comprendre les éléments tels les frais de connexion initiale, la location et un droit d'accès en cas de connexion au réseau public. Ces propositions donnent une indication de ce qui pourrait figurer dans la proposition de directive sur l'ONP pour les lignes louées.

Il existe aussi un projet de rapport du GAP sur l'ONP pour les réseaux publics de transmission de données. Comme dans le rapport concernant l'ONP pour les lignes louées, il est proposé d'adopter des règles harmonisées concernant les interfaces et les caractéristiques techniques, les conditions de fourniture et d'usage et les principes tarifaires pour ces services. La question de savoir à qui s'appliqueront ces règles (seulement les administrations de télécommunications ou aussi aux fournisseurs privés de services) n'est pas encore traitée dans le projet de rapport. Plusieurs organisations représentatives des utilisateurs se sont opposées à l'application de règles d'ONP au service de transmission de données dans la mesure où ce service est non réservé. Aucun document n'a encore été publié concernant l'application de l'ONP au RNIS.

β. Les autres mesures relatives à l'infrastructure

Différentes mesures ont été prévues et ont parfois déjà été adoptées concernant les domaines suivants : les satellites, les communications mobiles et le RNIS. Celles-ci sont brièvement résumées ci-après.

En ce qui concerne les satellites, le Livre vert contenait une analyse des règles applicables aux télécommunications par satellites vus comme élément de l'infrastructure, mais aussi comme un service de télécommunications et suggérait que certains changements réglementaires étaient souhaitables⁶¹. Selon la Commission, le principe de la définition restrictive de l'infrastructure (qui peut rester sous monopole) devrait permettre une certaine concurrence dans les télécommunications par satellites à condition qu'il n'y ait pas d'interférence avec d'autres systèmes de satellites ou de radio-communications et que la viabilité financière du fournisseur de l'infrastructure du réseau ne soit mise en danger. Les discussions relatives au Livre vert ont montré qu'une analyse et des consultations complémentaires concernant la problématique des satellites étaient néces-

61. Annexe 2 du *Livre vert*.

saies. La publication d'un document sur ce sujet par la Commission est attendue dans les prochains mois.

Les autorités européennes sont en faveur du développement du RNIS. En décembre 1986, le Conseil des Ministres a adopté une Recommandation sur l'introduction coordonnée du RNIS dans la Communauté européenne⁶² dans laquelle il demande aux administrations de télécommunications de mettre en œuvre des recommandations détaillées (spécifications des interfaces, définition des services à offrir sur une base universelle, définition des structures tarifaires et des plans de numérotation, adressage et signalisation). La recommandation établit aussi des objectifs de pénétration du marché. Dans un rapport soumis au Parlement européen en octobre 1988, la Commission indiquait que le RNIS avait gagné beaucoup de crédibilité parmi les utilisateurs, l'industrie et les administrations de télécommunications⁶³.

Des initiatives ont été prises pour permettre la réalisation de systèmes de communications mobiles paneuropéens, un domaine dans lequel le manque de coordination était flagrant puisqu'en 1986 coexistaient dans la Communauté européenne cinq systèmes incompatibles de téléphones de voiture. En juin 1987 ont été adoptées une Recommandation du Conseil concernant l'introduction coordonnée des communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes dans la Communauté européenne et une Directive concernant les bandes de fréquences à réserver à cet effet⁶⁴. Les services devraient commencer à être disponibles dès 1991, les grands centres urbains devraient être couverts au plus tard pour 1993 et les principales liaisons entre ces centres devraient être couvertes pour 1995 au plus tard. En mai 1989, la Commission a proposé que soient aussi adoptées une Recommandation et une Directive visant à l'introduction d'un système paneuropéen de radiomessagerie⁶⁵.

Enfin, il faut mentionner que le but ultime de la politique européenne en matière d'infrastructure est de développer des "autoroutes électroniques" nécessaires pour le marché de 1992. Pour réaliser un réseau intégré de communi-

62. Recommandation du Conseil du 22 décembre 1986 sur l'introduction coordonnée du réseau numérique à intégration de services (RNIS) dans la Communauté européenne, *J.O.* n° L 382 du 31 décembre 1986.

63. Communication de la Commission concernant l'application de la Recommandation du Conseil 86/659/CEE sur l'introduction coordonnée du RNIS dans la Communauté européenne. Premier rapport annuel d'avancement de la Commission au Parlement européen, COM (88) final du 31 octobre 1988.

64. Recommandation du Conseil du 25 juin 1986 concernant l'introduction coordonnée des communications mobiles terrestres publiques cellulaires numériques paneuropéennes dans la Communauté, *J.O.* n° L 196 du 17 juillet 1987 et Directive du Conseil du 25 juin 1987 concernant les bandes de fréquences à réserver pour l'introduction coordonnée du réseau numérique des communications mobiles terrestres publiques cellulaires paneuropéennes dans la Communauté, *J.O.* n° L 196 du 7 juillet 1987.

65. Proposition d'une Recommandation du Conseil concernant l'introduction coordonnée du service paneuropéen de radiomessagerie terrestre public dans la Communauté, *J.O.* n° C 193 du 31 décembre 1989, et Proposition de Directive du Conseil concernant les bandes de fréquences à réserver pour l'introduction coordonnée du service paneuropéen de radiomessagerie terrestre public dans la Communauté, *J.O.* n° C 193 du 31 juillet 1989.

tions à larges bandes au niveau européen, la Commission a proposé une procédure de coopération entre les États membres tenant compte des travaux au sein de la CEPT et du CCITT⁶⁶.

66. Commission des Communautés européennes, “Vers des télécommunications avancées pour l’Europe. Développement de liaisons ultra-rapides de télécommunications (“autoroutes électroniques”) pour le marché communautaire de 1992”, Communication de la Commission, COM (88) 341 final du 21 juin 1988.