

# NOTAS ECONÓMICAS

9

**JEAN-PAUL FITOUSSI** ANATOMIA DO CRESCIMENTO DÉBIL

**ANTÓNIO MARTINS** INFLUÊNCIA DA FISCALIDADE NA ESTRUTURA DE CAPITAL DAS EMPRESAS

**MARGARIDA MELLO / ANTÓNIO BRANDÃO** GRAU DE COMPETITIVIDADE DA INDÚSTRIA PORTUGUESA DO LEITE

**JOÃO REBELO** O PAPEL DAS COOPERATIVAS AGRÍCOLAS DE COMERCIALIZAÇÃO / TRANSFORMAÇÃO

**JOÃO LOUREIRO** INTERVENÇÃO CAMBIAL DO BANCO DE PORTUGAL

**FRANÇOIS PAUMIER-BIANCO** GENÈSE, VIE ET FIN DES MONOPOLES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS

REVISTA DA FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



## Genèse, vie et fin des monopoles de télécommunications

François Paumier-Bianco Universidade Independente; Consultor externo do Banco de Portugal

### resumo

A actividade de telecomunicações tradicionalmente organizada sob a forma de um monopólio e de um serviço público conheceu, em virtude da evolução tecnológica, uma profunda mutação. Desde há dez anos que — após as desregulamentações norte-americana e britânica — o quadro regulamentar da actividade de telecomunicações passou do regime de monopólio ao de uma liberdade económica muito ampla. Para os países europeus esta mudança deveu-se sobretudo à emergência de uma política comunitária neste domínio que, com base numa interpretação liberal do tratado institutivo, numa vontade política constantemente reafirmada e numa regulação rigorosa do mercado, deu origem a uma liberalização total neste sector. Ao nível mundial, as negociações no quadro da OMC levaram a uma verdadeira mundialização deste mercado. Na Europa, a política europeia — que conjuga mecanismos como o serviço universal, o princípio de fornecimento de rede aberta (*open network provision, ONP*) e a regulação independente — implica uma dupla privatização: a da actividade e a dos operadores.

### résumé / abstract

L'activité de télécommunication traditionnelle organisée sous la forme d'un monopole et d'un service public a connu, du fait de l'évolution technologique une profonde mutation. Depuis dix ans — suite aux déréglementations nord-américaine et britannique — le cadre réglementaire de l'activité de télécommunication est passé du régime de monopole à celui d'une liberté économique très étendue. Pour les pays européens ce changement est surtout dû à l'émergence d'une politique communautaire dans ce domaine qui sur la base d'une interprétation libérale du traité institutif, d'une volonté politique sans cesse réaffirmée et d'une régulation stricte du marché, va provoquer une libéralisation totale de ce secteur. Au niveau mondial, les négociations dans le cadre de l'OMC ont abouti à une véritable globalisation de ce marché. En Europe, la politique européenne — assortie de mécanismes tels que le service universel, le principe de fourniture de réseau ouvert (*open network provision, ONP*) et la régulation indépendante — implique une double privatisation: celle de l'activité et celle des opérateurs.

Telecommunications traditionally organised as a monopoly and a public service has experienced a profound technical change due to technological evolution. After ten years — following North American and British deregulation processes — the legal framework concerning telecommunications' activity has changed from a monopoly situation to extensive economic freedom. In European countries this change is due mainly to the emergence of a Community policy on this issue, resting on a liberal interpretation of the treaty of Rome, a constantly reaffirmed political will and strict market regulations, and leading to a complete liberalisation of this sector. Throughout the world, negotiations in the context of the WTO have led to a real globalisation of this market. In Europe, the European policy, along with such mechanisms as universal service, the *open network provision* (ONP) principle and independent market regulations, in itself implies the privatisation of both telecommunications activity in general and the public provision of such services.

## Introduction



Dans de nombreux pays les télécommunications étaient organisées, récemment encore, sous la forme de monopole lié à un service public. Cet équilibre, souvent vieux de plus d'un siècle, a peu à peu disparu, pour laisser place à un cadre de liberté économique très étendue incompatible avec la notion de monopole. En outre, si le service public subsiste dans ce domaine c'est seulement sous son aspect fonctionnel, ayant tendance à se confondre avec la notion de service universel.

La fin des monopoles relatifs à l'activité de télécommunications pour les pays de l'Union Européenne est liée à plusieurs facteurs. A la base on trouve les formidables modifications techniques qui ont engendré un changement complet dans la gestion des infrastructures de télécommunications. Le caractère naturel du monopole a perdu peu à peu sa signification et la nécessité d'une pluralité d'intervenants économiques s'est faite jour. Les télécommunications sont devenues un marché et sont sorties de leur simple rôle de service public régalién. Elles sont devenues un instrument économique, à la fois levier de l'investissement et support de la société de services que nous connaissons. Cependant, les traditions juridico-institutionnelles continentales ont ralenti la «privatisation» de cette activité. En Europe, aucun Etat — à l'exception de la Grande-Bretagne — n'avait décidé avant le milieu des années quatre-vingt-dix d'ouvrir de manière significative ce secteur à la concurrence. Cette ouverture s'est faite dans le cadre de la construction européenne et de l'application du droit communautaire à l'activité de télécommunications.

Les monopoles de télécommunications sont remis en cause, d'une part, par l'application des règles de la concurrence qui figurent dans le traité institutif, d'autre part, par une interprétation très stricte des dispositions relatives aux entreprises chargées d'un service public économique et, enfin, par une volonté politique commune, qui si elle a connu des failles concernant certaines modalités de l'ouverture à la concurrence, est maintenant bien établie quant à son but ultime, la libéralisation complète de ce secteur. Ainsi, il faut distinguer, dans le cadre de la Communauté européenne, entre les motifs de l'infléchissement des justifications de recours au monopole et les mécanismes d'extinction de ces mêmes monopoles. Les premiers sont techniques (évolution technologique), voire idéologiques (néolibéralisme); les seconds sont juridiques (règles de la concurrence, notamment) et politiques (orientation du Conseil des Ministres de l'UE) — cet ensemble pouvant répondre à l'appellation de politique communautaire des télécommunications. Bien évidemment, les seconds sont dans une large mesure liés aux premiers, et apparaissent comme leur suite logique.

On constate que la remise en cause puis l'extinction des monopoles de télécommunications fait place à un cadre juridique qui mêle une liberté économique très étendue, la mise en place de nouveaux mécanismes de régulation, mais aussi le maintien et la garantie de l'intérêt collectif. La politique communautaire dans ce domaine s'est traduite — c'est son principal trait — par une libéralisation de l'activité fruit d'une re-réglementation très conséquente. Par ailleurs, au niveau mondial le récent accord signé dans le cadre de l'OMC est venu libéraliser l'activité de télécommunications. La libéralisation a eu au niveau national, des effets sur le cadre réglementaire, qui n'a cessé d'évoluer depuis dix ans, et sur les opérateurs publics qui tous font l'objet de privatisation. On assiste, en réalité, à une double privatisation, celle de l'activité et celle des opérateurs qui entraîne, inéluctablement, la fin des monopoles.

### 1. Création et infléchissement des monopoles de télécommunications

Les monopoles publics de télécommunications ont été instaurés pour des raisons politiques et techniques et leur évolution s'est faite sur la base de l'intervention de l'Etat dans ce domaine. Cependant, les changements technologiques qu'a connus le secteur à partir des années soixante-dix et les débouchés économiques qui en découlaient vont modifier la gestion de cette activité de réseau. De profonds changements réglementaires (phénomène de *déréglamentation*)



vont voir le jour avec comme objectif l'ouverture des télécommunications à une pluralité d'opérateurs.

### 1.1. Fondements et évolution des monopoles

Dans un premier temps, pour des raisons avant tout politiques, l'Etat s'est souvent réservé l'utilisation des télécommunications pendant de très nombreuses années. Ainsi, en France le télégraphe de Chappe créée en 1793 sera pendant quarante-quatre ans utilisé exclusivement pour les besoins de l'Etat. La loi du 2 mai 1837 met fin à cette situation en établissant une interdiction de portée générale et en conférant au ministre de tutelle un pouvoir d'autorisation (Bertho, 1981). Au milieu du XIXème siècle nombreux sont les pays ayant déjà ouvert des lignes de correspondance privée; c'est le cas de la Prusse, de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la France et des Pays-Bas. Les agents économiques utilisent rapidement ce nouveau moyen de communication qui s'avère un élément indispensable à l'activité industrielle et commerciale. Cependant, la mise à la disposition du public d'un service de communication laissait apparaître un contrôle politique, l'utilisation effective du service étant très restrictive en ne garantissant pas le plus souvent le caractère privé de la communication.

Avec l'apparition du téléphone (1876) la situation va se perpétuer même si les réseaux téléphoniques vont être exploités dans un premier temps sous forme de concessions par des entités privées (les pouvoirs publics n'étant pas convaincus de son utilité...)¹. Dans de nombreux pays européens, le pouvoir d'autorisation a été utilisé comme un moyen de contrôler l'activité de télécommunications sans prendre les risques économiques qui y sont inhérents. C'est le cas, par exemple, en Espagne, en Italie, au Portugal, en Allemagne, en Belgique, aux Pays-Bas et en Grande Bretagne. Une des rares exceptions est la Suisse qui a toujours exploité les télécommunications sous la forme d'une régie fédérale directe².

Dans tous ces pays l'installation de nombreux réseaux va aboutir à leur interconnexion et à leur concentration³. En outre, un second phénomène va s'amorcer, celui de la publicisation et de la monopolisation du secteur des télécommunications: la France en 1889, la Grande Bretagne en 1912, la Belgique qui constitue un monopole public autour de la régie RTT, l'Italie qui crée une holding publique (STET) en 1933, l'Allemagne qui met en place une législation qui impose un monopole administratif strict (lois de 1892 et 1899) et l'Espagne qui fait de Telefónica l'unique concessionnaire du service téléphonique en 1924. Partout, l'Etat reprend ses droits et accapare le secteur. Cependant, les Etats ne mettent pas tous en place des structures de gestion identiques. Si la Régie (France, Allemagne, Belgique et Grande-Bretagne) est une solution très répandue, la technique de la concession exclusive portant sur tout ou partie du territoire ou de l'activité est aussi très utilisée (Italie, Espagne, Portugal).

A l'inverse, le cas des Etats-Unis obéit à une toute autre logique; la constitution du monopole aux Etats-Unis est d'origine commerciale en ce sens qu'elle repose sur l'exploitation d'un brevet issu de l'invention du téléphone déposé par Graham Bell en 1876. Au terme de l'exploitation légale de son monopole, une très vive concurrence s'instaure. Bell met alors en place une politique très agressive de rachat des petites compagnies locales pour se constituer un réseau de niveau national. Cependant, AT&T va être obligé d'ouvrir son réseau et de réduire le nombre de rachats de compagnies en vertu de l'application de la loi anti-trust (*Sherman act*). Le «Bell system» va alors chercher à se mettre sous la protection des autorités publiques en acceptant de voir ses tarifs fixés par les *Interstate Commerce Commissions*. Ce comportement marque un changement de stratégie. AT&T accepte dorénavant l'idée d'être soumis à des contraintes mais souhaite, en échange, être considéré comme fournissant un service universel pouvant bénéficier d'un quasi-monopole du réseau (Farnoux-Toporkoff, 1987; Sharpey, 1982).

1 C'est le cas en France entre 1879 et 1889, mais l'expérience n'est pas très convaincante (service chers et réseaux peu développés) et le contrat de concession peu favorable au concessionnaire. Plutôt que de viabiliser cette situation les parlementaires français vont choisir la voie du monopole public (Ricard, 1932).

2 Jaccard, 1991.

3 C'est le cas, par exemple, de la Grande Bretagne (Noam, 1992).



En 1934, la régulation est confiée à une entité spécialisée — la FCC (Federal Commission of Communication) — conformément au *Communications Act*. S'ouvre une longue période au cours de laquelle AT&T et la FCC vont former le «couple» de base des télécommunications américaines, la stratégie de l'opérateur étant de faire reconnaître auprès du régulateur le rôle social du service qu'il fournit. Cette revendication de fournisseur d'un service d'utilité publique (*public utility*) doit être analysée comme la volonté d'obtenir la garantie de bénéficier d'une certaine protection concernant l'utilisation de son réseau<sup>4</sup>. Le Bell system est passé du monopole légal au monopole de fait. Même si aux Etats-Unis l'application des règles de la concurrence n'est pas exclue, le monopole s'articule, comme en Europe, autour de raisons technico-économiques, sociales et correspond également à une limitation de la liberté d'entreprendre.

Les activités d'infrastructures pouvaient difficilement être soumises à la concurrence parce que leur développement initial impliquait une certaine exclusivité, un monopole nécessaire à leur développement<sup>5</sup>. Le régime d'exclusivité est également considéré comme le mieux à même de répondre à l'exigence d'universalité du réseau et du service. En outre, il existait une unité technique entre l'installation du réseau et son exploitation (Mestmäcker, 1980).

En Europe, en vertu de l'application du principe d'égalité d'accès au service, d'homogénéité de traitement des citoyens et de secret de la correspondance (mais aussi pour des raisons stratégiques), les télécommunications sont devenues un service public; la soustraction de l'activité aux pures règles du marché reposant sur le postulat que seul le service public permet de respecter les principes d'homogénéité et d'égalité (Giannini, 1985; De Laubadère, 1986). Ainsi, il existe une adéquation entre la notion de monopole et celle de service public au point que les deux notions ont tendance à se confondre (Chevallier, 1989). L'Etat lorsqu'il organise un service public met en place un certain modèle de société et de relations sociales: il apparaît non seulement comme l'opérateur-médiateur de toute communication, mais aussi et surtout comme le «garant de l'accès de tous à un bien soustrait à la logique du marché» (Chevallier, 1989), donc de l'intérêt général dans ce domaine.

L'instauration du monopole agit également comme une limitation au principe de libre initiative économique. L'activité de télécommunications a été soustraite presque totalement<sup>6</sup> à ces règles. Le contenu de ce principe est double (De Laubadère, 1986; Linotte, Mestre et Romi, 1995), il comprend la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire la liberté d'exercer une activité, et la garantie de l'exercice réel de celle-ci en établissant un régime où la concurrence n'est pas faussée, notamment, par l'intervention de l'Etat ou de toute autre autorité publique<sup>7</sup>. A ce titre, on observe que les règles relatives à la libre concurrence sont devenues le véritable enjeu de la liberté économique (Manitakis, 1979; Farjat, 1982).

Dans le cas des télécommunications les limites au double principe évoqué ont été très tenaces. En grande partie, le bornage entre interventionnisme et liberté économique vient maintenant de l'application du droit communautaire qui énonce clairement un principe de concurrence non faussée, et qui, du fait de sa primauté sur le droit interne, modifie au fur et à mesure les équilibres nationaux dans ce domaine. En amont cependant, d'autres facteurs ont participé à l'infléchissement des positions monopolistiques.

4 «Le Bell system a résisté efficacement aux tentatives [...] de contrôler ses prix et d'encadrer sa gestion. [Elle] a su convaincre l'opinion publique et le pouvoir politique, au niveau fédéral et local, qu'il était avantageux que les réseaux de télécommunications soient mis en œuvre par un seul opérateur, en raison de leur complexité technique, de l'importance de leurs coûts fixes et des externalités de club qui exigent l'établissement de subventions croisées entre utilisateurs professionnels et résidentiels» (Curien et Gensollen, 1992).

5 Pour une approche économique (Curien et Gensollen, 1992) et juridique (Chiapetta, 1990; Chevallier, 1974 et 1990).

6 Voir, J. Chevallier (1974), la «concurrence et le monopole ne s'excluent pas [...] comme le pensait la classification traditionnelle: il n'y pas plus de concurrence pure que de monopole pur».

7 Quand l'Etat assume le rôle d'agent économique, le principe d'égalité entre entités publiques et privées face à l'application des règles de concurrence doit être respecté, (De Laubadère, 1986).



## 1.2. Inflexionnement des justifications du recours au monopole

D'une manière générale, on peut dire que cet inflexionnement est lié à l'évolution technologique. L'activité de télécommunications a vu augmenter ses capacités techniques dans tous les éléments qui la composent. Récemment encore, les services de télécommunications étaient peu nombreux, et l'activité toute entière était tournée vers la téléphonie vocale fixe. Au cours des vingt dernières années des changements technologiques majeurs ont affecté ce secteur. Le développement de la micro-électronique, de l'informatique et le rapprochement de techniques de transmission jusqu'alors distinctes sont à la base de ces changements (Ungerer et Costello, 1988)<sup>8</sup>. Les réseaux sont devenus de véritables systèmes informatiques dont l'utilisation peut être adaptée aux différents besoins des utilisateurs et permet de distinguer les fonctions de transmission et de commutation. Une nouvelle logique d'exploitation des réseaux était née qui dissociait l'exploitation du réseau lui-même de celle des services transportés (Encoua et Koebel, 1987).

L'évolution technologique a remis en cause les frontières du monopole naturel et le principe d'un opérateur unique. Ce furent d'abord les services à valeur ajoutée (SVA) qui ont connu un développement très rapide et permis l'apparition de nombreux prestataires (Exton, 1992). Ensuite se fut l'activité même d'opérateur de télécommunications qui a suscité l'intérêt des grands groupes: pour des réseaux spécifiques, les mobiles, les VSAT, et pour des réseaux alternatifs au réseau de l'opérateur public. Les télécommunications sont devenues le support d'une société de services et d'information qui a besoin de pouvoir utiliser les infrastructures le plus librement possible et au meilleur prix.

Les tarifs sont toujours révélateurs de la politique souhaitée dans un secteur donné. Dans le cadre du monopole public, en application du principe d'égalité, l'accès au réseau téléphonique est le même pour tous et repose sur un système dit de «péréquation». Dans ce système, ce sont les entreprises qui financent le coût réel des communications des particuliers (notamment l'installation et les communications locales). Or, ces mêmes entreprises ont remis en cause cette pratique — le coût des communications dépendant de moins en moins de la distance — difficilement justifiable pour les entités dont la dépense en communication représente des sommes considérables (Hills, 1986). La pression du marché va obliger les opérateurs de services publics à aménager leurs tarifs, à adopter une politique commerciale différenciée en direction des entreprises mettant en application le principe d'égalité en fonction des circonstances et du type d'utilisateur auxquels ils ont à faire (Vedel, 1988).

L'évolution technique a induit la remise en cause des monopoles et apparaît comme le facteur déclenchant de la déréglementation. Si ce mouvement est parti des Etats-Unis, il s'est rapidement déplacé vers l'Europe du fait notamment de l'interpénétration des économies et d'un effet d'entraînement (Chevallier, 1988). La notion de déréglementation recouvre toutefois des réalités bien différentes d'un pays à l'autre.

Aux Etats-Unis, cette notion avait comme fondement la réduction de l'activité normative des agences ou des commissions fédérales chargées de la *regulation* des marchés relatifs aux activités d'intérêt général. Ces entités ont de tout temps exercé leurs compétences dans un contexte concurrentiel; en tant qu'institutions spécialisées, indépendantes du pouvoir exécutif, elles mettent en œuvre une régulation publique dans le cadre d'un mandat donné par le Congrès, tout en restant sous le contrôle du pouvoir judiciaire. La déréglementation (on devrait dire *deregulation*) américaine apparaît essentiellement comme une réduction de la régulation par ces entités spécialisées (il s'agit de faire appliquer de manière encore plus large les règles de la concurrence et donc de redonner une liberté d'entreprendre plus grande aux opérateurs) et d'atténuer la position de l'opérateur principal (Farnoux-Toporkoff, 1986; Simon, 1991; Hills, 1986).

En Europe, la déréglementation est liée à la remise en cause de la gestion publique de l'économie. Elle implique l'ouverture à la concurrence et parfois la mise en place d'autorités de

8 Pour un panégyrique «moderne» du rapprochement des technologies et de leurs vertus, voir Penzias (1995).



régulation spécifiques. Il s'agit d'une double évolution: modification des règles de droit matériel et changement institutionnel. En ce sens, la déréglementation en Europe est un véritable changement de modèle et ne constitue pas seulement l'évolution d'un modèle (de régulation) déjà existant<sup>9</sup>. Dans les deux cas les objectifs poursuivis sont toutefois très proches: élargir la liberté d'entreprendre et garantir plus de liberté d'action aux agents économiques. Trois exemples de déréglementation précoce ont influencé la mise en œuvre de la déréglementation à l'échelle européenne puis mondiale: les Etats-Unis, le Japon et la Grande-Bretagne<sup>10</sup>.

La déréglementation américaine est le fruit d'un mouvement continu, de réajustements pratiqués concernant la position de AT&T<sup>11</sup>. L'évolution technique et les risques d'intégration verticale et horizontale ont mené les autorités américaines à réguler très étroitement la position de l'opérateur, notamment à la lumière de la législation anti-trust. Dès 1956, AT&T s'engage dans un «*Consent Decree*» à ne pas étendre son activité à l'informatique pour restreindre les effets d'une intégration verticale dans le domaine des équipements et de la recherche. De nombreuses décisions de la FCC vont circonscrire la position de AT&T<sup>12</sup>. Ainsi, l'utilisation de terminaux non fournis par AT&T est autorisée dès lors que le matériel ne remet pas en cause l'intégrité technique du réseau (décision «*Hush a Phone*» de 1957 et *Carterfone* de 1968) de même que la réalisation de liaisons «point à point» (décision *Above 890* de 1959). La fourniture de liaisons spécialisées est ensuite libéralisée au prétexte que la concurrence est plus favorable aux utilisateurs (décisions *SPC* de 1969 et de 1971). Au cours des années soixante-dix, la simple revente de capacité (décision de 1976 *Share and Resale*) puis l'offre de circuit commuté (décision *Execunet* de 1978) sont libéralisées.

Toutefois, malgré l'existence d'une certaine concurrence<sup>13</sup>, la position de AT&T restait dominante du fait d'un quasi-monopole sur les services, sur la fabrication des équipements et en matière de recherche. Or, la FCC était favorable à l'ouverture à la concurrence de l'ensemble des services et des équipements, de même qu'il existait une forte pression de groupes économiques favorables à cette *deregulation*.

Le démantèlement a été effectif en 1984, deux ans après le *Consent Decree* passé entre AT&T et le juge Greene. AT&T se voyait dans l'obligation d'abandonner toutes les activités au niveau local; les Baby Bell's (compagnies locales) devenaient autonomes, se transformaient en sept holding régionales et les communications longue distance s'ouvraient à une concurrence totale. La FCC établissait en outre de nouvelles règles concernant l'accès aux réseaux et obligeait AT&T et les RBOC à publier des informations et des spécifications techniques destinées aux clients. Enfin, la structure de tarification a été allégée pour que AT&T puisse faire évoluer ses prix plus rapidement et surtout que ceux-ci s'orientent vers une baisse continue. Ce démantèlement (considéré comme un des événements majeurs de l'application des règles antitrust, W. Crandall,

9 Dans le secteur des télécommunications, la déréglementation n'équivaut pas à l'absence de règles, mais à une libéralisation. Elle est le signe d'une transformation profonde des relations entre l'Etat et la société et implique l'adoption de textes nouveaux (parfois nombreux) qui vont mettre en place des techniques nouvelles de régulation publique, voir Cohen-Tanugi (1990), Chevallier (1988). En outre, on observe que la déréglementation si elle est consubstantielle d'une régulation applicable à tous les intervenants elle l'est aussi de l'édiction de normes destinées à lutter contre la distorsion de concurrence (Chérot, 1988) et a donc pour fonction d'améliorer la réglementation en procurant une sécurité juridique plus grande aux intervenants sur le marché (Linotte, Mestre et Romi, 1995).

10 Voir entre autres, Ungerer et Costello (1988); Hills (1986); Curien et Gensollen (1992); Möschel (1988); Mestmäcker (1988). Voir également Musso (1993), qui établit un parallèle entre la déréglementation des télécommunications et celle des marchés financiers, en faisant observer que ces trois pays sont le siège de places financières très importantes.

11 On peut le résumer à quatre phases distinctes: la constitution du monopole de fait, la soumission à une régulation en contrepartie d'une reconnaissance de l'utilité publique du service fourni, la «capture» de l'organisme de régulation puis, le démantèlement de l'opérateur AT&T.

12 Voir, notamment, Wiley (1980).

13 Il existe en 1983, 1459 sociétés indépendantes locales qui fournissent un service local et 6 sociétés qui fournissent un service longue distance.



1991) allait avoir sur l'Europe un effet immédiat dans la mesure où AT&T qui voyait son marché naturel s'ouvrir à la concurrence s'est dès lors intéressé aux marchés européens. Ainsi, depuis 1984 les Américains n'ont pas cessé de faire des pressions sur l'Union européenne pour que celle-ci ouvre son marché à la concurrence.

Douze ans après et dans la suite logique du démantèlement, l'administration Clinton a décidé de supprimer toutes les restrictions liées à l'activité de télécommunication (radio et télévision comprises). Le *Telecommunication Act* du 8.02.1996 est venu sonner le glas de toutes les protections légales et de tous les cloisonnements entre opérateurs (longue distance, *local loop*, câble, Radio, etc.), en permettant le cumul de différentes autorisations, il repousse les limites en matière de concentration<sup>14</sup>. Ce texte a une grande influence sur le comportement des agents; les investissements et les enjeux dans ce domaine étant considérables, on assiste actuellement à un phénomène de reconcentration et d'accord entre opérateurs de télécommunications (fusion de Nynex et de Bell Atlantic en 1997) que la FCC surveille cependant de près (elle n'a pas donné son accord à la fusion entre AT&T et SBC). On observe toutefois que plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi, des secteurs géographiques entiers restent soumis au monopole (notamment des compagnies locales qui trouvent auprès des Etats des alliés objectifs au maintien de cette situation), ce qui tend à prouver que l'ouverture des marchés est un processus qui s'inscrit dans la durée.

Au Japon, pendant de très longues années, le secteur des télécommunications a été constitué par un duopole. NTT avait le monopole des communications internes et KDD (entreprise privée, détenue à hauteur de 10% par NTT) celui des communications internationales. Au début des années quatre-vingts, un mouvement s'est amorcé pour ouvrir les marchés de services et d'infrastructures à la concurrence, pour privatiser et démanteler NTT. Même si les lois de 1985 ont libéralisé le secteur des services, la position de NTT restait très dominante sur le marché.

Pour poursuivre la logique de libéralisation et minimiser sa position dominante, il a semblé nécessaire de démanteler NTT. Longtemps repoussée pour des motifs techniques, la décision de démanteler NTT en la divisant en cinq entités distinctes a été prise en 1996. Ces changements constituent un véritable tournant pour ce secteur au Japon et ont entraîné presque immédiatement un phénomène de concentration entre les opérateurs<sup>15</sup>. On constate cependant que le marché n'est véritablement entré dans une phase concurrentielle que depuis juin 1997 avec les autorisations attribuées à NTT d'opérer sur le marché international et à KDD de pénétrer le marché national.

C'est pour des raisons avant tout idéologiques que les télécommunications vont changer de régime au Royaume-Uni. Alors que les Britanniques possédaient une gestion toute administrative des télécommunications depuis plus de cinquante ans, l'arrivée au pouvoir des conservateurs va changer radicalement ce mode de gestion<sup>16</sup>. Ils vont, d'une part, privatiser l'opérateur public et, d'autre part, libéraliser l'activité. En 1984, British Telecom (BT) est privatisé à hauteur de 52%, puis fin 1991 et fin 1993, le total du capital de l'opérateur détenu par des entités privées passe à

<sup>14</sup> Un seul groupe pourra détenir cinq à huit stations de radio, et les télévisions hertziennes nationales pourront posséder un opérateur de TV câble. Outre ces limites liées à l'actionnariat il en existent d'autres: par exemple, les opérateurs locaux ne peuvent réellement fournir d'autres services que si l'ouverture de leur marché local à la concurrence est suffisante (voir les décisions de la FCC du 26.06.1997 concernant SBC et du 19.08.1997 concernant Ameritech); par ailleurs, une obligation générale d'interconnexion (à un coût raisonnable) est à la charge des opérateurs dominants (Bassan, 1996).

<sup>15</sup> Voir dans ce sens Fransman (1996) et Le Monde, 15.04.1997. KDD a passé un accord avec l'opérateur de longue distance DDI, un autre groupe s'est formé autour de Japan Telecom et NTT devrait intégrer une alliance mondiale du type Concert ou Global-One.

<sup>16</sup> Ce changement ne se limite pas au seul domaine des télécommunications, mais s'étend à toutes les activités de réseaux (énergie, télédistribution, transport). Stoffaas (1994), fait justement remarquer que toutes ces déréglementations répondent à une logique commune et que le canevas de leur mise en œuvre est identique (privatisation, régulation indépendante, définition d'un service de base, conditions d'accès au réseau de l'opérateur principal).



80%. L'opérateur (BT) se voit attribuer une licence d'une durée de vingt-cinq ans pour fournir les services qu'il assurait jusque là. Cette privatisation s'accompagne d'un autre changement concernant le marché des télécommunications. Le *telecommunications act de 1981* établit la libre fourniture de terminal, la revente de trafic pour les SVA et surtout, la constitution d'un duopole et la régulation du nouveau marché par l'OFTEL (Office of Telecommunications). Dès 1982, le gouvernement britannique autorise une entreprise privée — Mercury — à exploiter un réseau de télécommunications. Ce duopole se caractérise par la technique de régulation des tarifs de l'opérateur dominant dite du *price cap* alors que les prix des autres opérateurs (Mercury) sont libres. La loi fixe un plafonnement des tarifs inférieur au *Retail Price index* pour une durée déterminée. Les Prix de BT doivent, selon une moyenne globale, satisfaire à un pourcentage légalement fixé, ce qui laisse à l'opérateur une grande flexibilité pour fixer le tarif de chacun des services<sup>17</sup>. Par ailleurs, BT est soumis à des objectifs de qualité que les consommateurs sont fondés à invoquer en cas de manquement et doit assurer gratuitement un certain nombre de services pour les plus démunis.

Même si au cours des années quatre-vingts, un marché des télécommunications s'est constitué, le gouvernement a jugé que le duopole n'a pas donné de très bons résultats (BT restant très dominant sur le marché) et va accélérer le processus (voir Königshofen, 1992; Long, 1995). Ainsi, à partir de 1991, toute entité économique qui le requiert et qui remplit certaines conditions techniques peut obtenir une licence d'établissement et d'exploitation de réseau. De même, les câblo-opérateurs peuvent fournir sur leurs réseaux tous les services de télécommunications qu'ils désirent, alors que BT et Mercury ne peuvent pas fournir de service audiovisuel (selon l'application du principe d'une régulation dite «asymétrique», Weisman, 1994). Par ailleurs, BT est obligé d'offrir l'accès à son réseau à qui l'exige (*equal access*), mais, en contrepartie, est introduite la notion d'*access deficit charge* (ADC) destinée à prendre en charge le coût réel des connexions, de même que les investissements réalisés par BT pour assurer un service universel géographiquement homogène. Ces ADC sont dues par tous les nouveaux opérateurs (*new entrant*) à l'opérateur principal dont ils utilisent les réseaux (Vallée, 1992; Long, 1995; Cranston, 1995). Malgré cette évolution libérale, l'expérience britannique reste très contrastée.

On constate que l'ouverture à la concurrence des activités de télécommunications n'a pas changé de manière substantielle la position de l'opérateur principal. En termes économiques, BT fait figure de géant puisque ses résultats sont très supérieurs à ceux de Mercury, ce qui, quinze ans après, minimise les vertus de la méthode anglaise<sup>18</sup>. En outre, en moins de sept ans, BT aura procédé à 90.000 suppressions d'emplois au titre de la rentabilité et comme pour les Etats-Unis, le *rebalancing* des tarifs s'est fait au détriment des abonnés résidentiels et au profit des utilisateurs institutionnels<sup>19</sup>.

Par ailleurs, le nouveau statut de BT lui a permis d'internationaliser sa stratégie et de réaliser de nombreux accords. Le plus important dans la perspective d'une mondialisation du marché des

<sup>17</sup> De 1984 à 1989 le *price cap* a été fixé à RPI -3%, puis à -4,5% de 1989 à 1991, et à 6,5% en 1991. Il était en 1996 de RPI -7,5%. Il s'agit d'une moyenne qui prend en compte le processus complexe du *rebalancing* des tarifs, voir Long (1995) et Vallée (1993), mais engendre en pratique une augmentation des abonnements et des communications locales, qui ne peuvent cependant pas dépasser RPI+X, la valeur de X étant fixée annuellement, voir Curien et Gensollen (1992). Cette technique de régulation des prix est en réalité assez proche de la régulation du service public dans le cadre d'un contrat de plan précis.

<sup>18</sup> C'est pour cette raison que la régulation de l'OFTEL maintient BT dans un cadre rigide. La régulation de type «prohibitionniste» voit le régulateur établir un cadre limité dans lequel le comportement de l'opérateur est libre, mais en dehors duquel celui-ci est fortement contrôlé (Vallée, 1992)

<sup>19</sup> Ainsi, l'abonnement et les communications locales ont tendance à augmenter et les communications internationales et la location de circuits à baisser. Si cela entraîne de bons résultats économiques, il n'est pas certain que ce *rebalancing* procède d'une politique sociale très juste, puisque les tarifs locaux ont toujours tendance à augmenter (Vallée, 1992 et Leray, 1994). Ces critiques ne remettent pas en cause l'utilisation de la technique du *price cap* par l'entité de régulation. D'ores et déjà, on observe qu'il protège les concurrents de BT et les consommateurs de tout arbitraire. Toutefois, il semble privilégier l'orientation des tarifs par les coûts, ce qui implique, inévitablement, une remise en cause de la fonction sociale du téléphone local.



télécommunications est celui passé avec l'opérateur américain MCI (que BT a fini par racheter). BT a été le premier opérateur européen à miser sur cette mondialisation et à sortir d'un périmètre purement national. Si les Britanniques ont devancé l'élaboration d'une politique communautaire dans ce domaine, il est troublant de constater que les solutions proposées par les institutions européennes pour la réalisation du marché unique des télécommunications ont presque toutes comme source d'inspiration la réglementation britannique<sup>20</sup>.

## 2. Les mécanismes d'extinction des monopoles

En dehors de ces expériences nationales éparses, la libéralisation généralisée des télécommunications va s'effectuer au niveau européen et mondial. Les mécanismes qui ont mené à l'extinction des monopoles, on les trouve en droit communautaire et dans le cadre des négociations du GATT.

### 2.1. La politique communautaire des télécommunications

La politique communautaire dans ce domaine n'est pas une politique originelle (le mot télécommunications n'apparaît même pas dans le traité institutif), elle est le fruit de la perception par les institutions communautaires d'une nécessité, d'un enjeu. Après la création d'une Task force puis d'une DG au sein de la Commission en 1986 et la rédaction du Livre vert de 1987<sup>21</sup>, les télécommunications apparaissent, dans l'élan de l'Acte Unique Européen, comme un élément majeur de la réalisation du marché intérieur. Elles sont présentées comme une infrastructure privilégiée et on leur attribue un très fort impact sur l'ensemble de l'économie. Pour cette raison leur développement et leur libéralisation revêtent plusieurs objectifs de nature économique. D'une manière générale leur rôle essentiel est lié au fait qu'elles véhiculent la connaissance, composante essentielle de l'économie moderne. Epine dorsale du développement des échanges et des services, on s'attend à ce qu'elles aient un impact sur la création de nouveaux métiers (liés aux nouvelles formes de communication ou au télétravail). Par ailleurs, il apparaît également important de renforcer la place de la Communauté dans ce domaine, d'y stimuler l'investissement technologique et d'assurer la viabilité économique de nos opérateurs dans la perspective d'une globalisation des marchés. Enfin, un enjeu s'est fait jour qui consiste à offrir aux utilisateurs intermédiaires ou finals des services variés et de qualité à un coût concurrentiel (Ungerer et Costello, 1988). On observe aussi que la libéralisation est en outre liée à la perspective de négociations sur les services au sein du GATT.

La politique communautaire des télécommunications va s'orienter dès 1987 vers la libéralisation du secteur tout en subordonnant la réalisation d'un marché concurrentiel au développement d'une infrastructure avancée et d'opérateurs forts. Cette politique prône l'ouverture à la concurrence des services et des terminaux, la mise en place d'un principe d'accès aux réseaux publics pour les prestataires, le maintien de certains droits exclusifs en matière de réseaux et de services, une normalisation commune, la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation notamment. Par la suite, sur la base de trois nouveaux livres verts cette politique élargira son champ d'application (aux satellites en 1990, aux mobiles en 1994 et aux infrastructures en 1995). Au fur et à mesure de sa mise en place elle laissera apparaître un objectif nouveau, la libéralisation totale du secteur et la réduction des restrictions à la liberté dans ce domaine. Cependant, cette politique mène aussi des objectifs de développement et d'harmonisation qui s'inscrivent dans le cadre des missions de la Communauté telles que les définit l'article 2 du traité. A ce titre, on peut dire que la politique communautaire des télécommunications repose sur trois axes: la libéralisation, l'harmonisation et depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le développement des réseaux transeuropéens.

20 Stoffaes (1994), considère que les réformes britanniques ont été «un guide pour inspirer l'action de la Commission de Bruxelles». Selon l'auteur, la nomination de Sir Leon Brittan à la tête de la DGIV n'a fait que renforcer cette tendance libérale de la Commission.

21 Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipement de télécommunications, COM(87) 290, 30.06.1987.

Concernant les instruments de la libéralisation, on constate que le traité institutif ne prend pas en compte la question de la libéralisation des activités de services sous monopole. C'est ainsi qu'il ne recèle aucune disposition équivalente à l'article 37 dans le domaine des marchandises (disposition qui s'appliquera aux terminaux de télécommunications). Par ailleurs les dispositions relatives à la libre prestation des services ont une portée assez limitée en ce qui concerne les télécommunications. D'une part la définition de service de l'article 60 est une définition résiduelle et, d'autre part, l'article 59 concerne la liberté de prestation de services transnationaux et ne peut s'appliquer aux activités de services limitées à un seul Etat<sup>22</sup>. Or, on ne peut envisager de libéralisation qu'au plan national et international, le critère de transnationalité prévu par cet article s'avère donc insuffisant pour une libéralisation totale des services de télécommunications.

Les articles relatifs au principe de libre circulation apparaissent donc comme partiellement inopérants du fait d'une rédaction et d'une économie générale qui n'intégrait pas la libéralisation des activités de services de réseaux comme une nécessité. Même s'il faudra tenir compte de la jurisprudence les concernant, c'est sur un autre fondement que ce mouvement s'effectuera, celui de l'application des règles de la concurrence. Ces règles qui ont vocation à s'appliquer à toute activité économique vont, en s'articulant avec les dispositions relatives à la libre circulation, permettre la libéralisation de ce secteur.

#### **2.1.1. L'article 90 disposition clé de la libéralisation**

C'est la nouvelle interprétation de l'article 90 qui va fonder l'application des règles du traité (et notamment de celles relatives à la concurrence et à la libre circulation) aux entreprises publiques — qui détiennent des droits exclusifs ou spéciaux — quel que soit le type de service qu'elles fournissent (y compris des services purement nationaux). L'article 90 devient donc la base juridique principale de la libéralisation, les autres normes n'ayant pour fonction que d'éclairer le principe central: l'applicabilité des règles de la concurrence aux entreprises publiques et à celles fournissant un service d'intérêt économique général. Le postulat est donc le suivant: sans application préalable des règles de la concurrence, il ne peut y avoir de liberté de prestation de services.

Avant d'analyser l'importance de l'interprétation récente de l'article 90 et son rôle moteur dans le processus d'extinction des monopoles de télécommunications, il faut cependant rappeler que le principe de l'application des règles de la concurrence au secteur des télécommunications a été établi par la Cour de Justice (CJCE) et remonte à 1985 et à l'arrêt «British Telecom».

En 1982, suite à une plainte déposée par une agence de réexpédition de messages, la Commission adopte une décision considérant que les règlements (*schemes*) pris par British Telecom interdisant de fait la fourniture de certains services internationaux, constituent un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité. L'Italie ayant formé un recours contre cette décision, la Cour du Luxembourg a rendu un arrêt extrêmement important qui pose un certain nombre de principes. Pour la Cour, l'applicabilité des articles 85, 86 (et des autres dispositions relatives à la concurrence) aux activités de télécommunications s'impose, puisqu'elle considère que la gestion d'un réseau de télécommunications et sa mise à disposition des usagers, moyennant le paiement d'une redevance, constitue bien une activité économique, une activité d'entreprise; la Cour juge même que le contenu des règlements en cause n'ayant pas été déterminé à l'avance par le législateur, cette activité réglementaire fait partie intégrante de l'activité d'entreprise; en outre, la Cour affirme l'applicabilité des règles de la concurrence indépendamment du régime de propriété. Si l'article 222 dispose que «le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres», cela ne permet pas d'exclure l'application d'autres dispositions et notamment celles relatives à la concurrence. La Cour en conclut que si l'établissement de monopoles est conforme au traité, leur extension peut s'avérer contraire au traité et notamment aux articles 85, 86 et 90. Ce faisant les juges limitent la portée de l'article 222 par l'application des règles de la concurrence.

22 Voir dans ce sens l'arrêt Debauve, CJCE 18.03.1980, aff. 52/79.





Cet arrêt laissait entrevoir une autre question: jusqu'où est-il possible de légitimer les monopoles publics de télécommunications et comment leur appliquer systématiquement les règles de la concurrence ? la réponse se trouvait dans l'interprétation de l'article 90 du traité.

L'article 90 c'est «la belle au bois dormant» (Scherer, 1993), longtemps inutilisé pour des raisons politiques (Mestmäcker, 1988), il portait en lui les germes de la remise en cause des monopoles. Son §1 établit un principe d'égalité entre entreprises publiques et entreprises privées relatif à l'application des règles de la concurrence, dès lors que les premières développent une activité économique-marchande. Le §2 prévoit une exception à ce principe dès lors que les entreprises publiques sont chargées d'une mission d'intérêt économique général. Enfin, le §3 confère à la Commission un pouvoir normatif pour mettre en application le principe et son exception.

L'ensemble de ce dispositif a pour fonction de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles favorisées ou suscitées par l'Etat. A titre préliminaire, on note que la légitimité de l'intervention de l'Etat dans l'économie ne peut se justifier — dans le cas de monopole — que par l'application d'un régime d'exception, c'est-à-dire lorsque les règles générales (concurrence, libre circulation) du traité impliquent un échec de leur mission d'intérêt général.

Cet article concentre les contradictions du projet communautaire puisqu'il prévoit le maintien des choix et instruments politiques propres à chaque Etat membre mais aussi, la garantie d'une libre concurrence et de la libre circulation. Peu utilisé pendant trente ans, il a été redécouvert dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur et utilisé par la Commission pour l'aménagement des monopoles de services en l'absence de dispositions relatives aux services le permettant<sup>23</sup>. Or, si un monopole conféré pour des considérations d'intérêt public de nature non économique n'est pas en tant que tel contraire au traité (arrêt Saachi, 1974), l'application des §1 et 2 de l'article 90 permettra de déterminer si la façon dont le monopole est aménagé ou exercé peut porter atteinte aux autres règles du traité. Techniquement l'article 90 — *lex specialis* de l'article 5 du traité, il n'a de sens qu'interprété parallèlement aux dispositions fondamentales du traité (Pappalardo, 1991) — doit être considéré comme une norme de renvoi susceptible d'être combinée avec toute autre règle du traité liée à l'exercice d'un monopole (d'un droit exclusif). Ces règles sont celles de la libre circulation et les articles 85 et 86 qui concernent les comportements concurrentiels autonomes.

La problématique de la mise en œuvre de l'article 90 — et notamment de la portée de l'exception du §2 — s'est résolue en grande partie sur la base d'une application combinée des dispositions concourant à la libéralisation. La CJCE a en moins de dix ans donné le cadre interprétatif de cette application combinée. Ce faisant elle a corroboré les positions prises par la Commission lors de l'adoption de décisions ou de directives sur la base de l'article 90 §3.

Schématiquement on peut dire que cette combinaison a dans un premier temps permis l'interdiction de l'extension des monopoles existants. Ainsi l'extension du monopole de service à des marchandises (sur les réseaux aux terminaux) a été considérée comme un abus de position dominante, dès lors qu'il n'existait pas de nécessité objective d'étendre l'exclusivité à un autre marché. Dans ce cas la Commission fonde son action sur l'article 90§1 (une mesure étatique d'extension du monopole), l'article 30 ou 37 (libre circulation des marchandises) et 86 (abus de position dominante). La Cour de Luxembourg a repris à son compte la même combinaison pour condamner l'opérateur belge RTT d'une tentative d'extension de son monopole aux terminaux (arrêt RTT, 1991).

Pour l'extension du monopole à de nouveaux services, la Cour utilise l'article 86 soit directement soit en combinaison avec l'article 90, comme ce fut le cas dans des affaires relatives aux lignes louées ou à l'utilisation de nouvelles capacités des réseaux grâce au progrès technologique. L'opérateur dominant (ou unique) s'est ainsi vu très tôt dans l'interdiction d'accaparer les

23 A l'instar de Bright (1993), Grabitz (1990) ou de Debène (1992), on peut dire que l'achèvement du marché intérieur impliquait — potentiellement — la fin des formes traditionnelles des monopoles de services (radio-TV, énergie, transport aérien, télécommunications).

potentialités du progrès technologique, les utilisateurs possédant un droit de tirer profit de celles-ci en pouvant choisir librement parmi différents prestataires (arrêt *British Telecom*, 1985).

Dans un deuxième temps, ces combinaisons vont avoir pour effet de remettre en cause purement et simplement l'octroi de monopoles. Dans le cas des télécommunications, la Commission a adopté deux directives visant à la libéralisation totale des terminaux (88/301) et partielle des services (90/388). Pour les terminaux, la directive prononce l'abolition par les Etats membres de tous les droits exclusifs ou spéciaux de commercialisation en accompagnant cette mesure centrale d'un dispositif qui assure sa mise en œuvre (publication des règles d'agrément et de spécification technique, séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation). La Commission justifie cette abolition par le fait que l'exercice de ces droits serait incompatible avec l'article 30 (restrictions quantitatives). En outre, il favorise la violation de l'article 86 et de l'article 3 (qui prévoit un régime de concurrence non faussée) du traité. Elle en conclut que la constitution d'un monopole dans ce domaine est une mesure interdite au sens de l'article 90§1. Pour les services, la Commission utilise l'interdiction de restreindre la libre prestation de service (article 59) sinon pour des motifs liés à des exigences essentielles (article 55 et 56, sécurité, santé publique, etc.) commandée par l'intérêt général, interdiction qui constitue une violation de l'article 90. Le maintien du monopole sur les infrastructures et la téléphonie vocale se justifie — dans le cadre de l'application de la dérogation de l'article 90§2 — pour des raisons circonstancielles de développement du réseau, de viabilité des investissements réalisés par les opérateurs et parce que la téléphonie vocale est leur principale source de revenu — l'introduction de concurrents pouvant compromettre leur équilibre financier et faire échec à leur mission d'intérêt général. On aura compris cependant qu'il s'agit là d'un argument qui peut facilement s'altérer avec le temps.

Certains Etats membres ont contesté ces directives devant la CJCE. Celle-ci a confirmé et installé au cœur de sa jurisprudence — pas seulement concernant les télécommunications — l'incompatibilité croissante des monopoles vis-à-vis du droit communautaire. Tout d'abord, la Cour a conféré expressément à la Commission un pouvoir législatif autonome et complémentaire de celui du Conseil, dans le cadre de l'article 90 §3 ce que les Etats membres contestaient.

Dans l'arrêt «terminaux» (19.03.1991), la Cour limite son analyse aux effets de l'existence des droits exclusifs et écarte la présomption de légalité des droits exclusifs<sup>24</sup>. Son argumentation tend à démontrer que les monopoles restreignent quantitativement le commerce intracommunautaire et qu'ils violent pour cela les articles 30 et 3 du traité. Cet arrêt marque un tournant dans l'application conjointe des règles de libre circulation et de concurrence. On note cependant que la Cour a utilisé par la suite de nombreuses combinaisons pour remettre en cause des droits exclusifs: les articles 90/86/59 dans l'arrêt *ERT* (cas de cumul des droits exclusifs de diffusion et de retransmission de programmes TV) ou *RTT* vu ci-dessus, alors qu'elle exclut parfois des dispositions relatives à la libre circulation pour n'appliquer que celles relatives à la concurrence (arrêt *Höfner*, cas d'exclusivité pour un office public d'emploi des cadres).

Dans l'arrêt «services» (17.12.1992), la Cour confirme cette tendance en y ajoutant un élément déterminant. Elle souligne l'importance de préserver l'effet utile des dispositions en cause, ici l'article 59, et donc, de garantir l'exercice effectif du droit à la libre prestation. La Cour confirme la position de la Commission en condamnant l'extension du monopole et assurant ainsi la vocation concurrentielle et libre du marché des télécommunications.

Cette jurisprudence agit donc comme un contrôle sur la constitution et l'exercice des droits exclusifs (de monopoles). Outre qu'elle n'est pas toujours très lisible (choix des critères à «géométrie» variable) (*Wachsmann et Berrod* 1994), elle est également critiquable car elle mène invariablement à la réduction des interventions publiques dans le domaine économique ou le domaine des services. D'une part, le traité de Rome n'oblige en rien à cette réduction des monopoles publics et, d'autre part, l'utilisation des critères et de certaines notions est contestable en ce qu'elle développe une vision purement économique et entrepreneuriale de l'activité

<sup>24</sup> On note que l'avocat général s'était prononcé en faveur de cette présomption de légalité.





publique (Coutinho de Abreu, 1995; Kovar, 1992 et 1994). Cette vision a pour inconvénient l'application des règles de la concurrence non seulement à des activités par nature non marchandes, mais elle tend à considérer, ce qui est contestable, que le simple exercice d'un droit exclusif conféré à une entité la pousse automatiquement à abuser de sa position dominante. Cette théorie de «l'abus automatique» (Van der Woude, 1992) revient à condamner *ab initio* de nombreuses activités publiques. Ce faisant, l'exemption prévue par le §2 de l'article 90 est de fait, restée lettre morte la plupart du temps. On pouvait alors légitimement se poser la question de l'effet utile de cette disposition, la Cour considérant que l'application des règles de la concurrence ne doit pas seulement rendre plus difficile l'accomplissement des missions qui incombent à l'entreprise, elle doit interdire son accomplissement. Heureusement, la Cour a, par la suite, atténué la rigidité de ses interprétations.

Concernant les activités qui «bénéficient directement à la collectivité», les services qui représentent un intérêt majeur pour l'Etat et dont la fourniture est nécessaire à l'intérêt général, la Cour admet leur application la dérogation de l'article 90 §2. Ces activités sont les activités de réseau, telles que la distribution d'énergie, la communication voire le transport. A partir de 1993 la CJCE (arrêts Corbeau et Almelo) a estimé que l'obstacle à l'accomplissement de la mission d'intérêt général de l'entreprise est réel lorsque le fonctionnement du service est impossible ou que son équilibre financier est mis en cause. Cela revient à dire que les règles de la concurrence ne peuvent pas s'appliquer dès lors que le service ne peut pas fonctionner selon le mode prévu, c'est-à-dire selon le mode de service public.

Ces arrêts sont primordiaux dans la mesure où ils permettent de limiter les effets de la concurrence dans des secteurs pouvant être ouverts à la concurrence; ils admettent la fin des droits exclusifs mais reconnaissent la nécessité de protéger certaines entreprises publiques soumises à des obligations d'intérêt général. Dans la mesure où la fourniture d'un service public peut s'avérer déficitaire dans un certain nombre de régions, ce qui affecte la structure des coûts de ce même service dans les zones rentables — zones dans lesquelles il sera en principe concurrencé —, la Cour choisit un critère d'équilibre économique-financier — donc de viabilité de l'opérateur ayant une vocation sociale — pour interpréter l'article 90§2. Ainsi, le caractère public du service est pris en compte et sa finalité sociale reconnue, alors qu'il s'insère dans un environnement concurrentiel<sup>25</sup>.

On peut en conclure que l'interprétation de l'article 90 a mené à la suppression des monopoles mais pas à la disparition du service public. Ce qui était en cause depuis le début des années quatre-vingt-dix c'était le couple monopole public-service public (Van Miert, 1995). Or, il apparaît que l'exigence du droit communautaire réside en une mise en concurrence des activités de type économique pour lesquelles, la constitution d'un monopole est insatisfaisante eu égard aux objectifs définis par le traité alors que, le maintien d'un service public fonctionnel n'est pas remis en cause, les Etats pouvant imposer aux intervenants sur un marché donné des contraintes visant à la satisfaction de l'intérêt général. C'est aussi le sens de la position des Etats au sein du Conseil; on observe ainsi qu'au niveau communautaire, la remise en cause des monopoles ne s'est pas faite sur cette seule base de l'interprétation des règles du traité.

### **2.1.2. Le caractère politique de la libéralisation**

L'existence d'une volonté politique menant à la libéralisation s'est également révélée déterminante. Dans un premier temps, le Conseil a exprimé la nécessité de coordonner l'ouverture du marché de manière graduelle, de permettre l'accès des prestataires aux réseaux

<sup>25</sup> La doctrine a en général salué ce rééquilibrage (Kovar, 1994; Chérot, 1996); on peut considérer que les deux arrêts ci-dessus font partie d'un revirement de jurisprudence très large qui touche de nombreux aspects du droit communautaire (caractérisé par les arrêts Keck et Mithouard, Pouce et Pistre, Eurocontrol) et qui vise de la part de la Cour à redéfinir certaines notions clés (comme la notion d'entreprise ou d'activité économique qui commande l'application des règles matérielles de droit de la concurrence) pour éviter que, par une généralisation trop abstraite de ces notions, un grand nombre de législations nationales se trouvent frappées de suspicion au regard du droit communautaire.



publics dans de bonnes conditions techniques et financières et de mettre en œuvre une politique européenne de normalisation technique. Au travers de deux résolutions de 1984 puis de 1988, le Conseil alignait sa position sur celle de la Commission en donnant, notamment, une légitimité politique aux propositions du livre vert de 1987. Puis, en 1990, le Conseil a adopté une directive (90/387, adoptée sur la base de l'article 100 conformément à l'accord politique de décembre 1989 qui équilibrait l'action communautaire entre libéralisation et harmonisation) portant la mise en œuvre du principe ONP (*Open Network Provision*) qui garantissait, dans le cadre du respect de certaines exigences techniques, l'accès aux réseaux publics des prestataires de SVA. Dans une large mesure, cette directive a concouru également à une libéralisation du secteur puisque si elle postulait le maintien des monopoles sur les infrastructures, elle induisait la concurrence pour de nombreux services<sup>26</sup>.

Cependant, les effets de cette politique étaient assez limités dans un premier temps. Les orientations politiques adoptées au sein du Conseil ont pris une autre ampleur quand celui-ci décida dans de nouvelles résolutions, en 1993, 1994 et en 1995, la libéralisation totale des télécommunications (sur les services et les réseaux) au 1.1.1998, le maintien d'un service universel<sup>27</sup> et l'établissement d'un cadre relatif aux accords d'interconnexion, transparent, non discriminatoire avec des tarifs orientés sur les coûts<sup>28</sup>. Si la libéralisation complète s'imposait alors dans l'esprit des dirigeants comme une nécessité, elle avait besoin d'une légitimité politique que la Commission ne pouvait lui donner — en outre celle-ci ne pouvait faire avancer la libéralisation que sur la base de l'article 90 §3. Ces résolutions ont mis fin au monopole dans le secteur des télécommunications; elles s'inscrivent dans un contexte favorable à la libéralisation totale puisqu'elles sont la suite logique de la libéralisation partielle datant de 1990 et reflètent la situation des opérateurs qui concurrencés sur de nombreux marchés de niche, ont eu tendance à se filialiser et à restreindre de plus en plus les contours du monopole.

Profitant de cette base politique, la Commission a adopté quatre directives (au titre de l'article 90§3) qui élargissent le champ d'application de la directive service de 1990. La première (94/46) a libéralisé la fourniture des services satellites et l'établissement des réseaux satellites. La seconde (95/51) énonce la libéralisation des réseaux câblés de télévision (ils pourront être le support des services de télécommunications déjà librement fournis), la troisième celle des télécommunications mobiles (96/2)<sup>29</sup> et la quatrième l'utilisation libre des infrastructures

26 Sur la base de l'article 100, le Conseil a également adopté des directives dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des procédures d'agrément relatives aux terminaux (86/361 et 91/263) et de la reconnaissance mutuelle des licences de services.

27 Le service universel apparaît dans un contexte libéralisé comme un mécanisme correcteur dont l'objectif est le maintien d'une prestation uniforme des services essentiels de télécommunications (accès à un réseau de qualité, service téléphonique, de fax, modem, et un maillage satisfaisant de cabines publiques, outre la distribution d'annuaire) quel que soit leur coût réel. Le coût de cette fourniture -qui peut s'avérer déficitaire- sera calculé selon des règles strictes et transparentes et payé par l'ensemble des opérateurs faisant concurrence à l'opérateur fournissant le service universel sur l'ensemble d'un territoire donné, soit par le paiement d'une redevance ou la cotisation à un fond spécial (OCDE, 1995; Cave *et al.*, 1994; Arlandis, 1994). Les notions d'égalité, de continuité et d'universalité sous-tendent le service universel et la doctrine française, très attachée au service public, reconnaît une analogie entre les deux notions et se refuse à diaboliser le service universel (Moderne, 1994; Rapp, 1995).

28 Cette approche est semblable à celle de la loi américaine de 1996. L'existence de conditions financièrement et techniquement acceptables d'interconnexion des réseaux entre opérateurs émergents et opérateurs «historiques» agit comme la garantie d'une concurrence effective et non faussée, voir, notamment, Albon (1994), Lang (1994) et Bassan (1996).

29 On observe que ce secteur était la plupart du temps déjà partiellement libéralisé. De nombreux pays connaissaient une situation de duopole qui n'est pas toujours allée dans le sens de l'intérêt des consommateurs (du fait d'une véritable cartellisation du marché) et a permis aux opérateurs — protégés sur un marché en pleine croissance — de réaliser des bénéfices considérables (cas de la France, de l'Espagne, du Portugal et plus récemment de l'Italie). Cette situation avait comme objectif de protéger l'opérateur public en le plaçant dans une situation de concurrence relative. L'arrivée d'un troisième opérateur devrait, à terme, modifier cette situation, provoquer une baisse substantielle des tarifs et un accroissement de la qualité du service fourni (nouvelle norme).



alternatives (96/16). Cette dernière a en outre pour fonction de préparer la date du 1er janvier 1998 en obligeant les Etats à fournir à la Commission, pour qu'elle vérifie leur compatibilité vis-à-vis du traité, les procédures d'autorisation mises en œuvre dans un contexte libéralisée et les mécanismes de financement du service universel<sup>30</sup>.

### **2.1.3. L'application des règles de la concurrence: la régulation**

Outre le processus législatif conduisant à la libéralisation, on observe que dans le contexte d'un marché en voie de libéralisation, l'application individuelle des règles de la concurrence joue un rôle déterminant. En effet, depuis l'arrêt *British Telecom*, les choses ont évolué et la libéralisation partielle a entraîné de nouveaux comportements de la part des opérateurs. Ceux-ci tentent successivement de protéger leur position, de passer des accords de coopération — techniques ou commerciaux —, de fusionner entre eux, ce qui implique une régulation du marché qui n'avait pas lieu d'être avant le début du processus de libéralisation (il s'agit d'une régulation de «mise en concurrence» (Maisl, 1995) qui est à la base de la restructuration du marché). Au niveau communautaire cette régulation est avant tout l'œuvre de la Commission. Dès 1991, celle-ci avait publié des lignes directrices exprimant sa position concernant l'application des règles de la concurrence aux opérateurs de télécommunications. Elle a par la suite eu l'occasion de mettre en œuvre ses positions, régulant le marché en fonction des opérations et des accords en cause en appliquant notamment les articles 85 et 86 et le Règlement 4064/89<sup>31</sup>. D'une manière schématique on peut dire que pour l'article 85, la Commission est plutôt favorable aux accords qui induisent une nouveauté sur le marché, qui constituent une avancée technologique et dont les consommateurs peuvent retirer un bénéfice, même s'ils constituent une certaine limitation (restreinte) à la libre concurrence<sup>32</sup>.

Concernant les alliances stratégiques entre opérateurs, la Commission se montre plus rigoureuse et exige le plus souvent que les marchés respectifs soient en partie libéralisés. Voir dans ce sens les décisions relatives aux alliances entre BT/MCI (27.08.1994), d'une part, et entre France Telecom et Deutsche Telekom (16.07.1996), d'autre part<sup>33</sup>. Dans le cas de cette dernière, la Commission a exigé des participants et de leurs gouvernements respectifs, que les infrastructures alternatives soient libéralisées avant le 1.07.1996 pour donner son feu vert. On observe que fin 1995, les Etats membres n'étaient pas dans l'obligation (par voie de directive) de libéraliser ce secteur; ces deux pays ayant accepté cette condition (après de rudes négociations), la Commission en a profité pour adopter dans sa directive 96/19 des dispositions applicables à tous relatives à cette même libéralisation des réseaux alternatifs (Paumier-Bianco, 1996). On observe que cette décision aboutit à un développement sans précédent de la politique des conditions et charges dans le cadre d'une décision d'exemption d'entente (Le Large, 1996) et qu'elle pose, une fois encore, la question de la transparence de la procédure dans la mesure où les parties n'ont pas automatiquement accès au dossier constitué par la Commission (Brouwer, 1997). Par ailleurs, dans le domaine des télécommunications personnelles par satellites (GMPCS

30 La Commission entend exercer ce contrôle avec une grande attention sur la base de la jurisprudence récente (voir, par exemple, l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, 1996) relative aux condamnations des Etats pour non-transposition des directives (Hocepiet, 1996).

31 Voir l'importante place réservée chaque année aux télécommunications dans le Rapport annuel de la Commission sur la politique de la concurrence — Rapport de 1996, p. 28-33, 43-46 et 54-56, Luxembourg, 1997.

32 Si l'entente «présente des avantages d'ordre économique qui prévalent sur les effets restrictifs, il est justifié d'autoriser la coopération entre entreprise» (Pappalardo, 1994). L'article 85 apparaît comme un instrument de développement du marché, la Commission l'ayant utilisé pour favoriser les ententes de taille réduite ou à vocation régionale (décision ECR 900, Eirpage, Telenordic) ou en imposant des conditions très strictes (décision *Global European Network* de 1997).

33 Outre ces alliances Concert et Global-One, la Commission devrait se prononcer favorablement pour l'alliance *Uniworld* (AT&T et Unisource). Chacune de ces alliances tend à évoluer, vers un approfondissement des liens (fusion ou participations croisées) et/ou vers un élargissement (nouveau membres — comme c'est le cas pour Concert avec les accords signés par Telefónica et Portugal Telecom). Pour une approche comparative des trois alliances, voir Elixmann et Hermann (1996); Kiessling et Johnson (1996).



— *Global Mobile Personal Communications by satellite*), la Commission a d'ores et déjà entrepris d'enquêter les alliances Iridium, Globalstar et Odyssey (Paumier-Bianco, 1996; Le Gouëff, 1997) pour s'assurer que sur ces marchés d'avenir, les accords techniques et commerciaux ne sont pas de nature à entraver le bon développement de la concurrence.

La Commission menace également souvent d'appliquer l'article 86, que ce soit dans le domaine des tarifs et du comportement de certains opérateurs dominants, ou dans celui des accords d'interconnexion<sup>34</sup>. A cet égard, il est fort probable que cet article devienne l'arme première de l'action de la Commission dans le cadre d'un marché libéralisé.

En ce qui concerne les concentrations, si la Commission a autorisé de nombreux accords dans le domaine des équipements<sup>35</sup> et des services<sup>36</sup>, elle s'est montrée très pointilleuse dans le domaine du multimédia. Elle a en effet prohibé les accords de grande envergure qui risquaient de conférer une position stratégique trop forte (*Gatekeeper*) à un opérateur sur un marché donné (affaires MSG et NSD<sup>37</sup>), au motif qu'ils se révèlent être «au détriment du consommateur final» (Van Miert, 1994)<sup>38</sup>.

Cette intervention de la Commission a dans une très large mesure conditionné l'exercice des droits exclusifs. Elle a contribué à la libéralisation et a même constitué une libéralisation détournée, les opérateurs étant obligés de se soumettre aux conditions imposées par la Commission pour pouvoir réaliser certains accords entre eux (cas DT/FT). Elle a permis de démontrer également la grande dépendance qui existait alors entre la gestion des opérateurs et la politique législative de chaque Etat. Enfin, on peut penser que cette régulation européenne va — dès lors que le marché est libre et les accords effectifs<sup>39</sup> — s'orienter autour du comportement des nouveaux opérateurs. A ce titre l'articulation entre le règlement de 1989 et l'article 86 sera prépondérante pour la régulation de ce nouveau marché.

## 2.2. Vers la globalisation du marché

Au niveau mondial, un autre élément va provoquer une libéralisation partielle puis totale des télécommunications. En 1986, les services ont été inclus dans l'Uruguay Round avec comme objectif «d'établir un cadre multilatéral de principe et de règles pour le commerce des services et d'élaborer éventuellement des disciplines par secteur». Traditionnellement la fourniture internationale de services par le biais d'accords mutuels entre administrations ne constituait pas un commerce international des services. Du fait de l'évolution technique et réglementaire, les services de télécommunications font maintenant l'objet d'un véritable commerce. Il a donc été décidé de constituer une annexe sectorielle «télécommunications» au GATS, dont les négociations s'annonçaient délicates en raison de positions très opposées.

Ces négociations se sont conclues en 1993, l'annexe «télécommunications» en faisant partie

34 Voir le Rapport sur la politique de concurrence 1996, p. 31.

35 Décisions Alcatel/Telettra; GEC/Finmeccanica; Ericson/Kolbe; Siemens/Italtel.

36 Décisions Dekraphone; Albacom; Banco de Santander/BT. Par ailleurs, elle s'est montrée favorable au rachat de MCI par BT.

37 Ces affaires impliquaient des opérateurs de télécommunications. Plus récemment, la Commission a exprimé une certaine réserve concernant l'accord entre BT et Sky pour la fourniture d'un bouquet de 200 chaînes numériques. La position dominante résultante de cet accord inquiète les autorités de Bruxelles.

38 Ces décisions sont l'occasion de constater que la question de l'équilibre entre la nécessaire constitution de groupes européens puissants et l'application du règlement de 1989 n'est pas réglée (Pappalardo, 1994). Par ailleurs, on note que dans le domaine des aides publiques, la Commission les considère le plus souvent conformes dans le cadre de programmes de R&D ou dans celui de recapitalisation avant privatisation (décision TeleDenmark).

39 Dans ce domaine les accords sont susceptibles d'évoluer d'une manière rapide. Ainsi, Concert — l'accord global entre BT, MCI et d'autres opérateurs européens — a volé en éclats après l'OPA de WorldCom sur MCI et son rachat ultérieur, alors même que cet accord semblait solide et fait pour durer. Si BT a réalisé une belle opération financière, il est indéniable toutefois que sa stratégie internationale a été sérieusement remise en cause à un moment où presque tous les grands opérateurs américains sont compromis avec les concurrents européens de BT.



intégrante. L'accord-cadre touche essentiellement les questions réglementaires relatives à l'accès aux différents marchés et une interprétation stricte du principe du traitement national (Sarda, 1996). Dans ce cadre, l'annexe «télécommunications» a pour fonction de préciser les conditions d'accès aux réseaux publics et de fourniture des SVA. Par ailleurs, le texte prévoit également, à l'instigation des européens, des mécanismes de coopération technique en faveur des pays en développement. On observe que l'application de ce texte équivaut pour les Etats membres de la Communauté européenne à la transposition des directives «services» et «ONP» de 1990. Ainsi, le monopole était maintenu sur les infrastructures et la fourniture de services de téléphonie vocale fixe. Toutefois, le document prévoyait aussi l'engagement volontaire de négociations relatives à ces domaines; pour cette raison, des négociations regroupant soixante-huit des pays les plus développés se sont déroulées sous l'égide de l'OMC. La Communauté européenne a pris part à ces négociations qui se sont achevées le 15 février 1997 après bien des difficultés (leur terme initial était fixé en avril 1996).

Cet accord marque la fin progressive des monopoles encore en place. Il implique non seulement que tout opérateur pourra proposer ses services dans un pays autre que son pays d'origine, mais aussi que dans le cadre de privatisation ou de prise de participation, n'importe quel opérateur pourra acquérir une participation majoritaire dans le capital de l'entreprise en cause, sans qu'aucune limite puisse y être apportée.

Alors que le marché mondial des télécommunications représentait environ 670 milliards de dollars en 1996, moins de 20% des marchés étaient ouverts à la concurrence avant cet accord. S'il est très ambitieux, il n'en comporte pas moins des limites. La date retenue pour son entrée en vigueur est le 1er janvier 1998 — ce qui correspond au calendrier communautaire — même si des dérogations pour certains pays asiatiques et d'Amérique du Sud repoussent cette date jusqu'en 2000 ou en 2010. Par ailleurs, des pays ont considéré qu'ils devaient maintenir des restrictions sur les investissements des compagnies étrangères (20% environ de signataires ont accepté l'acquisition jusqu'à 100% de leur opérateur national et plus de 60% une prise de participation majoritaire; le Japon et le Canada ont plafonné ces opérations respectivement à 20% et 46,7% du capital de leur opérateurs).

Cet accord apparaît comme un véritable accord global en ce qu'il inclut non seulement la libéralisation du marché mondial des télécommunications, mais permet aussi une grande liberté aux opérateurs dans leurs opérations de prises de participation, rachat et fusion. Le principal effet espéré concernant la mise en œuvre de cet accord, est une baisse très forte du prix des communications, notamment internationales — baisse des prix qui était la revendication principale des «grands consommateurs» pour le démantèlement de AT&T<sup>40</sup>. On peut penser qu'elle ouvre aussi une ère de bouleversements profonds — de globalisation et de développement du marché multimédia — que bien des opérateurs publics de taille moyenne pourraient vivre à leurs dépens.

Pour conclure on peut dire qu'un ensemble très vaste d'instruments et de mécanismes ont concouru à l'extinction des monopoles de télécommunications. On constate que l'onde de choc du démantèlement de AT&T (et son effet d'entraînement) aura été indéniable. La libéralisation des télécommunications, en Europe, et au niveau mondial, était devenue un objectif déclaré de l'administration et des groupes économiques américains, leur objectif est atteint. Si cette libéralisation s'est faite en deux temps, avec le maintien de monopoles tout d'abord (directives de 1990 et accord GATS de 1993), puis sans positions exclusives à partir du 1er janvier 1998, elle a déjà eu de profonds effets sur la législation des pays membres et les opérateurs nationaux.

40 Pour une vision critique de la baisse des prix, voir Noll (1994) selon qui la déréglementation n'a pas été bénéfique aux utilisateurs, le prix des communications n'ayant pas baissé autant que l'évolution technologique le permettait.

### 3. Les effets de la déréglementation

Pour les pays européens membres de la Communauté européenne, la libéralisation va avoir des effets considérables; d'une part, concernant la législation relative à l'activité de télécommunications et, d'autre part, concernant le statut de l'opérateur public.

Concernant le cadre juridique de l'activité de télécommunication, on peut constater que depuis près de dix ans on assiste à un processus d'ajustement législatif permanent induit par la transposition des directives communautaires. Si ce processus est loin d'avoir été uniforme d'un pays à l'autre (Paumier-Bianco, 1996)<sup>41</sup>, il poursuit les mêmes objectifs. Schématiquement, on observe un premier changement à la fin des années 80 et au début des années 90 (loi espagnole de 1987, portugaise de 1989, allemande de 1989, française de 1990, néerlandaise de 1989 et belge de 1991) qui a pour fonction de libéraliser les SVA et les groupes fermés d'utilisateurs, de mettre en place le principe ONP et de procéder à la séparation des fonctions d'exploitation et de régulation (outre qu'elle libéralise totalement le marché des terminaux). Ce premier volet du changement doit être analysé comme un processus de «mise en concurrence» des opérateurs (une privatisation partielle de l'activité), de «concurrence encadrée» et de régulation orientée vers la maîtrise des comportements de l'opérateur principal.

Le second volet du changement (on note que tous les pays ont entre-temps assoupli leur législation par petites touches, de manière constante, l'adaptant aux nécessités du marché, c'est ainsi que la plupart des pays ont libéralisé partiellement les télécommunications mobiles en l'absence même de normes européennes dans ce sens) intervient avec la perspective de la libéralisation totale au 1er janvier 1998. La Commission ayant exigé des Etats membres qu'ils lui notifient pour examen préalable les procédures d'attribution des licences d'opérateur de réseaux et de téléphonie vocale, les Etats ont dans certains cas adopté dès 1996 un texte de loi portant libéralisation totale (Allemagne 1996, France 1996, Pays-Bas 1996). Ces textes contrairement à ceux du début des années 90 ne peuvent se limiter à la défense de l'opérateur public puisqu'ils doivent mettre en place des règles du jeu stables qui favorisent l'investissement et garantissent une égalité de traitement pour tous les opérateurs et prestataires. Outre l'attribution des licences, ces lois se caractérisent par les règles relatives à l'interconnexion, au maintien et au financement d'un service universel<sup>42</sup> et le renforcement de la régulation indépendante. L'introduction d'une concurrence généralisée sera le changement essentiel à compter du 1.01.1998. Pour nous limiter au cas de la France, on note que quatre nouveaux opérateurs «généralistes» — résultant d'alliances entre des entreprises françaises de distribution d'eau, d'énergie ou de transport, et des opérateurs étrangers tels que BT, AT&T ou Telecom Italia — concurrenceront France Telecom.

Concernant le statut de l'opérateur, on observe un phénomène général de privatisation. Si la notion de privatisation révèle souvent des différences de pré-compréhension et de définition (Rivero, 1989) et si ces acceptions sont nombreuses (Guilain, 1995), dans le cas des télécommunications on peut considérer qu'elle correspond au transfert vers le secteur privé de tout ou partie d'une entreprise publique. Quelles que soient les raisons qui mènent à la privatisation — idéologiques et politiques, techniques et économiques, ou les deux — et en dépit de certaines limites<sup>43</sup> aucun opérateur européen n'échappe à ce phénomène.

41 Dans certains pays une attitude radicale a mené à une libéralisation très rapide et très prononcée. C'est le cas de la Nouvelle-Zélande et de la Suède, voir respectivement, Sauters (1995); Alfram et Themptander, in C. Long (1995).

42 La loi française de juillet 1996 en intégrant le service universel dans un ensemble plus large — le service public — illustre que la marge de manœuvre politique des Etats continue d'exister dans ce domaine.

43 Ces limites peuvent être diverses. Constitutionnelles, et elles impliquent un changement des textes fondamentaux (cas de l'Allemagne); politiques, l'Etat ne souhaite pas trop se désengager (cas de la France ou de la Belgique); liées à l'application des règles de droit communautaire (respect de la liberté d'établissement, du principe de non discrimination entre ressortissants en raison de la nationalité, interdiction des aides d'Etat dans le cadre d'une pré-privatisation), voir Paumier-Bianco (1996).





Le processus de privatisation des opérateurs publics de télécommunications comprend en général trois phases. S'agissant d'entités de droit public (administrations centrales ou entreprises publiques) la première phase consiste à les transformer en société anonyme («sociétisation»). En général cette phase est concomitante ou suivie de près par une deuxième phase relative à la cession minoritaire du capital social de la nouvelle société (cette seconde étape peut elle-même se réaliser par tranches successives). A ce stade, si on peut parler de privatisation partielle (ou d'ouverture du capital), il n'en demeure pas moins que l'opérateur reste dans le secteur public — l'Etat conserve son pouvoir de contrôle sur lui. Cette situation est celle d'un grand nombre d'opérateurs européens qui ont vu au cours des dix dernières années leur gestion se modifier totalement. La dernière phase a trait au désengagement de l'Etat au delà de 50% dans le capital de l'opérateur. Si ce désengagement peut être total (aliénation complète de l'opérateur), on constate qu'en Europe, d'une part, certains pays n'envisagent pas un tel désengagement et, d'autre part, la plupart des gouvernements se sont efforcés de garder une participation minimum pour ne pas perdre totalement leur influence sur un secteur qui demeure stratégique (le cas de l'Espagne est significatif, l'Etat conservant moins de 5%). Dans ce dernier cas, on pourra parler de participation stratégique (ou de principe) voire d'action spécifique ou de *Golden share* tout en sachant que leur validité au regard du droit communautaire pourrait s'avérer contestable (Paumier-Bianco, 1996; Turini, 1993)<sup>44</sup>.

En dehors des objectifs idéologiques et financiers habituellement poursuivis dans le cadre des privatisations par les gouvernements, il en existe deux autres qui sont indéniablement liés au domaine des télécommunications<sup>45</sup>. Le premier a trait au fait que les formes privées d'organisation d'entreprise confèrent une meilleure flexibilité de gestion et soustraient les opérateurs aux contraintes des finances publiques et de la comptabilité publique. En outre, dans un domaine où les investissements sont fréquents et coûteux — mais rentables —, elles permettent de recourir aux capacités du marché financier. Le second est lié à la réalisation d'alliances stratégiques accompagnées de prises de participations croisées du capital social des opérateurs parties à l'accord. Les exemples ne manquent pas pour illustrer ce propos; un des plus significatif est l'accord commercial passé entre France Telecom et Deutsche Telekom qui pour être élargi à une prise de participations croisée a impliqué la sociétisation puis la privatisation partielle des deux opérateurs<sup>46</sup>. Ainsi, on peut en conclure que l'évolution technologique puis la globalisation des marchés ont entraîné le démantèlement des monopoles et la privatisation des opérateurs et qu'ils ont clos le cycle de l'intervention exclusive des pouvoirs publics dans ce domaine.

44 La Commission a pour l'instant accepté cette pratique contre la garantie de la mise en œuvre des plans de privatisation. On observe toutefois, que la Commission n'hésite pas à menacer les Etats de poursuites lorsqu'elle considère qu'une loi de privatisation est contraire au droit communautaire (comme cela a été le cas dernièrement avec le dispositif portugais).

45 On fera observer que la privatisation (au moins partielle) des opérateurs publics de télécommunications s'impose à tous les gouvernements européens, y compris socialistes (souvent peu favorables à ces opérations). Les nécessités budgétaires des pays membres de la Communauté et les dizaines de milliards de francs que représente la vente partielle des opérateurs semblent convaincre les plus sceptiques, un certain pragmatisme s'imposant en ce domaine.

46 C'est cette double nécessité (gestion privée et alliance stratégique) qui a poussé le gouvernement français à ouvrir le capital de France Telecom et à en céder 7% (dans un premier temps) à Deutsche Telekom. Parallèlement, on peut également faire référence au comportement de BT qui depuis sa privatisation, profitant de la déréglementation et des privatisations, a tissé une toile européenne et mondiale considérable. BT a ainsi multiplié les prises de participations minoritaires, élargit Concert à d'autres opérateurs dominants et pris position comme le futur second opérateur en France, en Allemagne, en Suède voire en Italie.

**Bibliographie**

- Albon, R. (1994) Interconnection pricing — An analysis of the efficient component pricing rule, *Telecommunications Policy*, 5.
- Alffran, O.; Themptander, S. (1995) in Long, C. *Telecommunications Law and practice*.
- Arlandis, J. (1994) Service universel: évolution d'un concept clé, *Communication et Stratégies*, 13.
- Bassan, F. (1996) La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense, *Diritto dell commercio internazionale*, 2.
- Bertho, C. (1981) *Télégraphes et téléphones de Valmy au microprocesseur*, Livres de Poche, Paris.
- Bright, C. (1993) Article 90, economic policy and the duties of member State, *European Competition Law Review*, 5.
- Brouwer, O.W. (1997) Droit de la concurrence et télécommunications: l'approche communautaire, *Actualité juridique — Droit administratif*, 3.
- Cave, M; Milne, C; Scanlan, M. (1994) *Meeting universal service obligation in a competitive telecommunications sector*, Report to DG IV, Bruxelles, Mars.
- Chérot, J-Y. (1988) Le droit de la concurrence dans la politique de déréglementation, in *Les déréglementations*.
- Chérot, J-Y. (1996) L'article 90 §2 du traité de Rome et les entreprises de réseaux, *Actualité juridique — Droit administratif*, 3.
- Chevallier, J. (1974) Le pouvoir de monopole en droit administratif français, *Revue de Droit Public*, 1.
- Chevallier, J. (1988) Les politiques de déréglementation, in *Les déréglementations*, Economica, Paris.
- Chevallier, J. (1989) Les enjeux juridiques: l'adaptation du service public des télécommunications, *Revue Française de Droit Administratif*, 52.
- Chevallier, J. (1990) La mutation des postes et télécommunications, *Actualité juridique — Droit administratif*, 1.
- Chiapetta, F. (1990) *Legislazione delle telecomunicazioni e telematica*, Milano, Giuffrè.
- Cohen-Tanugi, L. (1990) Les enjeux institutionnels de la déréglementation, *Réseaux*.
- Coutinho de Abreu, A. (1995) L'eupéanisation du concept d'entreprise, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1.
- Crandall, W. (1991) Smembramento dell'AT&T, concorrenza e progresso tecnologico nell'industria telefonica degli USA, *Rivista internazionale di scienza sociale*, 3.
- Cranston, J. (1995) *Liberalising telecommunications in western Europe*, Financial Times Management Report, London.
- Curien, M.; Gensollen, M. (1992) *L'économie des télécommunications*, Economica, Paris.
- De Laubadère, A. (1986) *Droit public économique*, Dalloz, Paris.
- Debène M. (1992) Entreprises publiques et marché unique, *Actualité juridique — Droit administratif*, 3.



*Déréglementations, Les* (1988), Economica, Paris.

Encoua, D.; Koebel, R. (1987) La déréglementation des télécommunications: analyse de quelques évolutions, *Le communicateur*, 7.

Elixmann, D.; Hermann, H. (1996) Strategic alliances in the TLCs service sector: challenge for corporate strategy, *Communication et Stratégies*, 4

Exton, E.-J. (1992) Services — The impact of the technology explosion, *Telecommunications Policy*, 2.

Farjat, G. (1982) *Droit économique*, PUF, Paris.

Farnoux-Toporkoff, S. (1986) *La déréglementation des télécommunications aux Etats-Unis et ses conséquences en Europe*, Thèse, Université de Paris I.

Fransman, M. (1996) The future of japanese telecommunications, *Telecommunications Policy*, 2.

Giannini, M.-S. (1985) *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Firenze.

Grabitz, E. (1990) Dienstleistungsmonopole im Binnenmarkt, *Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht*, 1.

Guislain, P. (1995) *Les privatisations*, Bruylant, Bruxelles.

Hills, J. (1986) *Deregulating Telecoms*, Pinter, London.

Hocepiéd, C. (1996) Telecoms sector, fully open to competition: the central role of the European Commission, *Competition Policy Newsletter*, 1.

Jaccard, P. (1991) *Les bases et les sources du régime juridique des télécommunications*, Payot, Lausanne

Kiessling, T.; Jonhson, G. (1996) Strategic alliances in Telecommunications, *Communication et Stratégies*, 3.

Königshofen, T. (1992) Telekommunikation in Grossbritannien, *Archiv für Post und Telekommunikation*, 2.

Kovar, R. (1992) La «peau de chagrin», ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics, *Europe*, 7.

Kovar, R. (1994) La Cour de Justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée, *Europe*, 1.

Lang, J. (1994) Defining competition companies duties to supply competitors and access to essential facilities, *Fordham International Law Journal*, 2.

Le Gouëff, S. (1997) Communications personnelles par satellites: les licences — nouvelle quête du Graal?, *Juris PTT*, 2.

Leray (1994) *Les télécoms en question*, Ed. de l'atelier, Paris.

Le Large, P. (1996) Les décisions de la Commission européenne «Atlas-Phoenix», *Juris PTT*, 4.

Linotte, D.; Mestre, A.; Romi, R. (1995) *Services publics et droit public économique*, Litec, Paris.

Long, C. (1995) *Telecommunications Law and practice*, Sweet & Maxwell, London.

Maisl, H. (1995) La régulation des télécommunications, changements et perspectives, *Revue Française de Droit Administratif*, mai-juin.

Manitakis, A. (1979) *La liberté du commerce et de l'industrie en droit français et en droit belge*, Bruylant, Bruxelles.

- Mestmäcker, E-J. (Org.) (1980) *Kommunikation ohne Monopole*, Nomos, Baden-Baden.
- Mestmäcker, E-J. (1988) Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *RabelsZ*, 3-4.
- Moderne, F. (1994) Analyse comparative des notions de service public dans les Etats membres, in Stoffaes, C., *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*.
- Möschel, W. (1988) Deregulierung in der Telekommunikation, *Ordo-Jahrbuch*, G. Fischer Verlag, Stuttgart.
- Musso, P. (1993) in *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, Paris.
- Noam, E. (1992) *Telecommunications in Europe*, Oxford University Press, New-York.
- Noll, L. (1994) A study of long-distance rates, *Telecommunications Policy*, 5.
- OCDE (1995.) *Les obligations du service universel dans un environnement concurrentiel de télécommunications*, Paris.
- Pappalardo, A. (1991) State measures and public undertakings: article 90 of the treaty revisited, *European Competition Law Review*, 1.
- Pappalardo, A. (1994) La réglementation communautaire de la concurrence, *Revue Internationale de Droit Economique*, 3.
- Paumier-Bianco, F. (1996) *L'évolution de la réglementation des télécommunications sous l'influence du droit communautaire*, Thèse, Université de Poitiers.
- Penzias, A. (1995) *Harmony, business, technology and life after paperwork*, Harper Business, New-York.
- Rapp, L. (1995) La politique de libéralisation des services publics en Europe, entre service public et service universel, *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, 389.
- Ricard, P. (1932) *Droit et jurisprudence des PTT*, Sirey, Paris.
- Rivero, J. (1989) Rapport de synthèse in *Les privatisations en Europe*, Economica, Paris.
- Sarda, L. (1996) Le transazioni internazionali sui servizi nell'organizzazione mondiale del commercio, *Diritto del commercio internazionale*, 2.
- Sauders, M. (1995) Telecommunications regulation in New Zealand, *Telecommunications Policy*, 6.
- Scherer, J. (1993) European Telecommunications Law and the Policy under the Maastricht Treaty, *European Law Review*, 3.
- Scherer, J. (1993) *Telecommunications Laws in Europe*, Backer & McEnzie, London.
- Sharpey, W.W. (1982) *The theory of natural monopoly*, Cambridge University Press.
- Simon, J-P. (1991) *L'esprit des règles, réseaux et réglementation aux Etats-Unis*, L'harmattan, Paris.
- Stoffaes, C. (1994) *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPEurope, Paris.
- Turini, R. (1993) Privatisation et droit communautaire, *Revue des Affaires internationales*, 7.
- Ungerer, H.; Costello, N. (1988) *Télécommunications en Europe*, CEE, Luxembourg.
- Vallée, A. (1992) L'exploitation publique face à la nouvelle réglementation: progrès technique et concurrence, *Communication et Stratégies*, 1.
- Vallée, A. (1993) Les télécommunications au Royaume-Uni: bilan de 10 ans d'ajustement réglementaire vers la concurrence ouverte, *Juris PTT*, 31.





- Van der Woude, L. (1992) Article 90: competing for competence, *European Law Review*, 1.
- Van Miert, K. (1994) Services publics: une approche pragmatique et progressive, *Revue des Affaires Européennes*, 2.
- Van Miert, K. (1995) Die Wettbewerbspolitik der neuen Kommission, *Competition Policy Newsletter*, 5.
- Vedel, T. (1988) La déréglementation des télécommunications en France: politique et jeu politique, in *Les déréglementations*.
- Wachsmann, A.; Berrod, F. (1994) Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau, *Revue trimestrielle de Droit Européen*, 1.
- Weisman, D. (1994) Asymmetric regulation — principles for emerging competition in local service markets, *Telecommunications Policy*, 5.
- Wiley, R-E. (1980) Competition and deregulation in telecommunications: the American experience, in Mestmäcker, E-J. (Ed.) *Kommunikation ohne Monopole*.