

# Positions dominantes dans le secteur des télécommunications

## Cadre réglementaire et mesures correctives

*Christian Bovet*

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

*Pranvera Këllezi*

*Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

**Zusammenfassung:** *Die grenzüberschreitende Dimension der Fernmeldedienste und das internationale Engagement der Schweiz und der Europäischen Union, speziell im Rahmen der WTO, haben eine kohärente Betrachtungsweise der regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Probleme zur Folge. Die Schweiz hat sich im Übrigen für das Prinzip der Eurokompatibilität in diesem Bereich entschieden. Diese Anforderungen übersteigen die geographische Dimension und betreffen das anwendbare Recht: Der neue EU-Rechtsrahmen, der von den Mitgliedsstaaten bis 24. Juli 2003 umgesetzt werden muss, gleicht die Prinzipien der beträchtlichen Marktmacht und der beherrschenden Stellung einander an. Die Methoden und Instrumente der Regulatoren und der Wettbewerbsbehörden scheinen sich nun ebenfalls anzunähern.*

### I. Introduction

Certes, le cours des titres des entreprises du secteur de la télécommunication a subi durant ces derniers 12 à 18 mois des « corrections de valeur » particulièrement significatives<sup>1</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette branche de l'économie est très active: par exemple, les Suisses ont consommé par tête, en 2001, pour plus de 2'100 francs suisses en services de télécommunication, alors qu'en 1998 ils dépensaient au total environ 1'600 francs suisses<sup>2</sup>. Pourtant, durant la même période, les prix de ces prestations ont baissé de 31% pour la téléphonie fixe et de 20% pour la téléphonie mobile<sup>3</sup>. On observe un phénomène similaire dans l'Union européenne (UE)<sup>4</sup> et dans d'autres pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)<sup>5</sup>.

C'est donc à la lumière de ce contexte économique général qu'il convient d'examiner les effets de la libéralisation menée tant en Suisse que dans l'Union européenne depuis 1998. Le moment est particulièrement propice pour reprendre les réflexions dans ce domaine, puisque l'Union européenne vient d'adopter un **nouveau cadre réglementaire** et que le Conseil fédéral propose une nouvelle révision de la réglementation applicable dans notre pays<sup>6</sup>. Il ne s'agit cependant pas ici de traiter de l'ensemble de ces questions, mais plutôt de se limiter à un aspect particulier: les positions dominantes de certains opérateurs et les moyens que la réglementation secto-

rielle et le droit de la concurrence mettent à disposition des autorités pour en corriger les effets.

Ce thème revêt un **double intérêt**: d'une part, cette problématique est au centre du processus de libéralisation, quelle que soit la perspective réglementaire choisie; d'autre part, cette analyse contribue à mettre en évidence les convergences entre ces deux domaines du droit. Les régimes

- 1 Par exemple, durant les 12 derniers mois, le cours de l'action Vodafone a varié entre 3.4 Euro (maximum) et 1.22 Euro (minimum); quant à Deutsche Telekom, le maximum et le minimum durant la même période étaient respectivement de 20.84 et 8.14 Euro.
- 2 Voir le document à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/marktanalysen/2.pdf>. Etat des liens Internet au 25 octobre 2002.
- 3 Voir le document à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/principesetconsultations/statistiquesdestlcommunications/5.pdf>.
- 4 Voir le 7ème Rapport sur la politique des télécommunications (7th Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package, 2001), disponible à l'adresse Internet [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/implementation/annual\\_report/7report/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/implementation/annual_report/7report/index_en.htm).
- 5 Voir p.ex. la documentation à l'adresse Internet <http://www.oecd.org/EN/document/0,,EN-document-20-nodirectorate-no-1-35101-20,00.html>.
- 6 Une documentation complète est disponible à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/fr/aktuell/ull/index.html>. Il faut aussi y ajouter le projet de révision de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV; RS 784.40); documentation disponible à l'adresse Internet [http://www.bakom.ch/fr/aktuell/revision\\_rtvg/index.html](http://www.bakom.ch/fr/aktuell/revision_rtvg/index.html).

légaux et la pratique des autorités tendent en effet à se rapprocher, même si chacun garde une certaine spécificité et des compétences propres. Comme l'ont démontré des affaires récentes, tant le régulateur<sup>7</sup> que l'autorité de la concurrence<sup>8</sup> appliquent ces concepts dans leurs décisions. Cette tendance a encore été renforcée en droit communautaire par la fusion en 2002 des notions de position dominante et de puissance significative sur le marché<sup>9</sup> – un concept déjà intégré dans la loi suisse de 1997 sur les télécommunications<sup>10</sup>.

## II. Cadre réglementaire

Même si cela peut parfois paraître paradoxal, le processus de libéralisation du secteur des télécommunications a engendré une réglementation particulièrement dense et complexe qui intervient tant au niveau international que national. A cela, il faut ajouter les règles de droit de la concurrence régissant les positions dominantes, sous le double angle des abus et du contrôle des concentrations. Pour comprendre ces mécanismes, il y a lieu de commencer par le régime d'ouverture des marchés mis en place dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (1), pour aborder ensuite le droit communautaire (2) et suisse (3).

### 1. OMC

Il faut en quelque sorte passer par des **strates réglementaires successives** avant de parvenir aux principes régissant, dans le cadre de l'OMC, la libéralisation des services de télécommunications. En effet, le premier texte applicable est l'Accord général sur le commerce des services (GATS), qui constitue une des principales annexes à l'Accord instituant l'OMC<sup>11</sup>. Le GATS contient ainsi deux dispositions générales sur la politique de la concurrence: ses art. VIII et IX. La première règle est la plus pertinente dans cette contribution puisqu'elle exige en particulier de chaque membre de faire «en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas, lorsqu'il fournit un service monopolistique sur le marché considéré, d'une manière incompatible avec les obligations du membre au titre de l'article II (GATS) et ses engagements spécifiques.»<sup>12</sup> L'art. II GATS – auquel l'art. VIII al. 1 GATS se réfère expressément – institue pour sa part le principe de la nation la plus favorisée dans les secteurs de services visés par l'accord<sup>13</sup>. La portée de l'art. VIII al. 1 est précisée et étendue par ses deuxième et cinquième alinéas qui prévoient respectivement que: «Dans les cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entrera en concurrence, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société affiliée, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques et faisant l'objet d'engagements spécifiques de la part dudit Membre, le Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec ces engagements», et que les dispositions de l'art. VIII «s'appliqueront également, s'agissant des fournisseurs exclusifs de services, aux cas dans lesquels, en droit ou en fait, un Membre a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire.»

Ces règles jouent à l'évidence un rôle tout à fait significatif dans le domaine des télécommunications, ce d'autant que, par la suite, elles ont été concrétisées par des engagements spécifiques des Etats membres, y compris la Suisse et les pays formant et appartenant à la Communauté européenne. Les membres de l'OMC ont en effet adopté plusieurs **annexes** au GATS afin de

**Résumé:** *La dimension transfrontière des services de télécommunication et les engagements internationaux de la Suisse et de la Communauté européenne, en particulier dans le cadre de l'OMC, imposent une approche cohérente des questions réglementaires et des problèmes de concurrence. La Suisse a par ailleurs opté pour une application étendue du principe d'eurocompatibilité dans ce domaine. Cette exigence de cohérence dépasse la dimension géographique et touche le droit applicable: le nouveau cadre réglementaire européen, qui devra être transposé dans les Etats membres de l'UE d'ici au 24 juillet 2003, assimile désormais la notion de puissance significative sur le marché à celle de position dominante. Les méthodes et instruments des régulateurs et des autorités de la concurrence ont donc une certaine tendance à se rapprocher. Les mesures correctives constituent ainsi une excellente illustration de ce constat.*

7 Décision de la ComCom du 5 février 2002, TDC (diAx), disponible à l'adresse Internet <http://www.fedcomcom.ch/comcom/docs/ComCom-Verf-ULL-off.pdf>.

8 Par exemple les travaux de l'UE sur les lignes louées (leased lines) à l'adresse Internet [http://europa.eu.int/comm/competition/anti-trust/others/sector\\_inquiries/leased\\_lines/](http://europa.eu.int/comm/competition/anti-trust/others/sector_inquiries/leased_lines/).

9 Infra section II.2.

10 Infra section II.3.

11 Annexe 1.B à l'Accord instituant l'OMC, du 15 avril 1994, entré en vigueur en Suisse le 1er juillet 1995 (RS 0.632.20). L'ensemble de ces textes sont en outre disponibles sur le site Internet de l'OMC <http://www.wto.org/index-fr.htm>.

12 Art. VIII al. 1 GATS. L'art. IX régit pour sa part les autres pratiques commerciales limitant la concurrence et par là restreignant le commerce des services.

13 Le premier alinéa de cette norme prévoit en particulier que: «chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.»

poser, dans l'axe de ce dernier accord, les bases de futures négociations sur des secteurs économiques pour lesquels un accord complet n'avait pas pu être trouvé en avril 1994. Formellement, deux de ces annexes concernent directement les télécommunications.

Dans la première, les parties commencent par reconnaître «les spécificités du secteur des services de télécommunication et, en particulier, le double rôle qu'il joue en tant que secteur d'activité économique distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques». La définition large du concept de «réseau public de transport des télécommunications», adoptée dans le chiffre 3/c de cette annexe, témoigne de l'importance de cet élément dans l'ouverture des marchés de télécommunication: «*l'infrastructure publique de télécommunication qui permet les télécommunications entre deux extrémités terminales définies du réseau ou plus.*»

Pour le surplus, cette annexe, d'une part, replace dans ce contexte – mais toujours dans les limites des futurs engagements spécifiques des parties – les principes d'accès au marché<sup>14</sup>, de non-discrimination<sup>15</sup> et de transparence<sup>16</sup> énoncés dans le GATS et, d'autre part, propose une première définition de l'interconnexion. L'autre annexe, traitant de points particuliers liés aux négociations, ne trouve pas d'application spéciale dans cette contribution.

C'est dans la «couche» finale, la plus concrète, que les règles de concurrence énoncées par l'art. VIII GATS prennent toute leur ampleur en matière de télécommunication. Elles apparaissent comme un des instruments essentiels de la libéralisation et sont sous-jacentes dans les mécanismes d'accès au marché définis par le **Quatrième Protocole** concernant l'Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base de l'Accord général sur le commerce des services, du 15 avril 1997<sup>17</sup>. Le Document de Référence annexé aux listes d'engagements spécifiques et d'exemptions propose une définition du «fournisseur principal»<sup>18</sup>, qui se rapproche fortement du concept de position dominante ou, à tout le moins, d'entreprise puissante sur le marché en droit de la concurrence: «*Un fournisseur principal est un fournisseur qui a la capacité d'influer de manière importante sur les modalités de la participation (en ce qui concerne le prix et l'offre) sur le marché pertinent de services de télécommunication de base par suite:*

*a) du contrôle qu'il exerce sur des installations essentielles; ou*  
*b) de l'utilisation de sa position sur le marché.»*<sup>19</sup>

Dans une traduction officielle française pas entièrement satisfaisante, le même document définit les «installations essentielles» de la manière suivante: «*L'expression installations essentielles désigne les installations d'un réseau ou service de transport des télécommunications publiques*

*a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs; et*  
*b) dont il n'est économiquement ou techniquement pas faisable qu'elles soient remplacées en vue de la fourniture d'un service.»*<sup>20</sup>

A nouveau, ce concept peut être en grande partie assimilé à la théorie dite des «**essential facilities**» en droit de la concurrence. On reconnaîtra cependant – mais cela n'a pas de réel impact sur le fond – que les conditions de cette théorie sont plus élaborées et subtiles que celles que les parties au Quatrième Protocole ont choisi de faire figurer dans ce document. La symbiose entre la réglementation de l'OMC et le droit de la concurrence apparaît enfin comme évidente dans la liste exemplative des pratiques anticoncurrentielles<sup>21</sup> et, sur-

14 En particulier, art. XVII GATS.

15 Art. XVI GATS.

16 En particulier, art. III GATS.

17 Entré en vigueur en Suisse le 5 février 1998. Seul le texte du protocole proprement dit, sans les listes d'engagements spécifiques et d'exemptions, est publié au RO 1998 2049. Les listes précitées peuvent être consultées en ligne sur le site de l'OMC, à l'adresse Internet [http://docsonline.wto.org/gen\\_search.asp](http://docsonline.wto.org/gen_search.asp), en inscrivant les cotes suivantes: pour la Suisse «GATS/SC/83/Suppl.3/Rev.1» et pour la Communauté européenne «GATS/SC/31/Suppl.3».

18 «Major supplier» dans la version anglaise.

19 Section «Définitions» dans la partie introductive du Document de Référence (supra note 17).

20 Ibidem.

21 Selon le chiffre 1.2 du Document de Référence (supra note 17): Les pratiques anticoncurrentielles mentionnées ci-dessus consistent en particulier: a) à pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel; b) à utiliser des renseignements obtenus auprès de concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels; et c) à ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de services en temps opportun les renseignements techniques sur les installations essentielles et les renseignements commercialement pertinents qui leur sont nécessaires pour fournir des services.

tout, l'exigence que des mesures appropriées soient prises pour les empêcher. Celles-ci viennent s'ajouter au mécanisme de l'interconnexion, pour l'accès aux réseaux, et de prévention de procédures discriminatoires pour l'attribution<sup>22</sup> et l'utilisation de ressources rares<sup>23</sup>.

## 2. Droit communautaire

Le cadre réglementaire européen régissant le domaine des télécommunications est d'une telle densité qu'on ne peut en donner ici qu'une présentation générale: ces règles reposent, d'une part, sur les art. 81 (ex-85), 82 (ex-86) et 86 (ex-90) CE pour la politique de la concurrence et, d'autre part, sur les art. 14 (ex-7A) et 154 (ex-129B) CE pour la libéralisation de ce secteur. Le premier groupe de normes est bien connu, et il n'y a donc pas lieu de s'y attarder. Quant au second, on rappellera que l'art. 154 CE affirme expressément que l'établissement et le développement d'un réseau transeuropéen de télécommunication est l'une des missions de la Communauté européenne et que «dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels, l'action de la Communauté vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux.» Cette norme applique à ce domaine économique l'objectif d'intégration des marchés exprimé à l'art. 14 CE.

Les règles sur la concurrence et sur l'ouverture contribuent ainsi **ensemble** à la libéralisation du marché des télécommunications. On retrouve cette alliance dans les règlements, directives, recommandations et communications adoptées dans ce cadre. Cette complémentarité repose en partie sur le fait que le droit de la concurrence – sauf le contrôle des concentrations – s'applique ex post; il était donc nécessaire, pour assurer une concurrence effective, d'adopter en outre des règles régissant ex ante les mécanismes et modalités de libéralisation du secteur des télécommunications<sup>24</sup>. Le déclic initial de l'ouverture des marchés nationaux fut donné par des mesures fondées avant tout sur l'art. 86 CE et qui exigeaient des Etats membres qu'ils retirent à leurs «opérateurs historiques», titulaires de monopoles, leurs droits spéciaux ou exclusifs dans certaines activités de télécommunication<sup>25</sup>. Bien que favorisant la mise en place

d'un régime de concurrence effective, ce premier train de règles n'a pas éliminé tous les monopoles de fait; certaines positions dominantes, aux effets négatifs, continuent à subsister. Il s'avérait dès lors indispensable de passer à un niveau supérieur. Dans ce sens, l'adoption en 2000 de la réglementation actuelle sur le dégroupage de la boucle locale (unbundling) annonçait le nouveau cadre réglementaire de 2002<sup>26</sup>.

Ce dernier se fonde sur la directive «cadre»<sup>27</sup>, laquelle est accompagnée de directives particulières: la directive sur les autorisations d'exercer une activité dans le domaine des télécommunications<sup>28</sup>, la directive relative à l'accès aux réseaux<sup>29</sup>, la directive sur le service universelle<sup>30</sup> et celle

22 Idem, chiffre 2.

23 Idem, chiffre 6.

24 Directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication, JOCE 1990 L 192 p. 1; directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, JOCE 1992 L 165 p. 27; directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, JOCE 1997 L 117 p. 15; directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), JOCE 1997 L 199 p. 32; directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, JOCE 1998 L 268 p. 37.

25 En se fondant sur les pouvoirs donnés par l'al. 3 de cet article, la Commission a adopté la directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, JOCE 1988 L 131 p. 77; la directive 90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication, JOCE 1990 L 192 p. 10, modifié par la directive 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, JOCE 1996 L 074 p. 13.

26 Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE 2000 L 336 p. 4; Communication de la Commission dégroupage de l'accès à la boucle locale: permettre la fourniture concurrentielle d'une gamme complète de services de communications électroniques, notamment les services multimédias à large bande et l'Internet à haut débit, JOCE 2000 C 272 p. 10.

27 Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), JOCE 2002 L 108 p. 33.

28 Directive 2002/20/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), JOCE 2002 L 108 p. 21

29 Directive 2002/19/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), JOCE 2002 L 108 p. 7.

portant sur le traitement des données à caractère personnel<sup>31</sup>. Il faut enfin citer un document de grande importance pratique dans notre domaine: les lignes directrices de la Commission CE sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché<sup>32</sup>.

C'est ainsi que les marchés sujets à la régulation sont définis à l'annexe I de la directive «cadre». En substance, le cadre réglementaire gouverne uniquement la **transmission par réseau** et les services qui y sont directement associés<sup>33</sup>, à l'exclusion du contenu des services fournis au travers de ces réseaux. Il est toutefois permis aux autorités réglementaires nationales (ARN) de désigner des marchés différents de ceux recensés dans les lignes directrices et d'appliquer à ces derniers le régime prévu par le nouveau cadre réglementaire; la Commission CE dispose cependant d'un véritable droit de veto, qui lui permet de s'opposer à ces modifications de la liste des marchés lorsque les mesures prévues ont des incidences sur les échanges entre les Etats membres<sup>34</sup>. Ceux-ci doivent par ailleurs limiter les obligations des intervenants sur ce marché à celles prévues par le nouveau cadre réglementaire<sup>35</sup>. Le droit communautaire limite ainsi le pouvoir discrétionnaire des ARN en leur imposant de choisir la me-

sure adéquate parmi les obligations (maximales) prévues dans les directives; en vertu du principe de proportionnalité, les ARN peuvent cependant, à l'évidence, opter pour une mesure inférieure.

L'une des caractéristiques du nouveau cadre réglementaire communautaire est d'assimiler dans le contexte de la régulation la notion de puissance significative sur le marché à celle de position dominante. Outre l'intégration de ces concepts par renvoi exprès dans les directives<sup>36</sup>, les lignes directrices de la Commission CE lient étroitement la situation de concurrence effective à celle d'absence de position dominante: «*Conclure qu'une concurrence effective existe sur un marché pertinent revient à conclure qu'aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une position dominante sur ce marché. Ainsi, aux fins de l'application du nouveau cadre réglementaire, on parlera de 'concurrence effective' lorsqu'aucune entreprise sur le marché pertinent n'occupe, seule ou avec d'autres entreprises, une position dominante individuelle ou conjointe.*»<sup>37</sup>

### 3. Droit suisse

En Suisse, on constate les mêmes convergences entre réglementation sectorielle et droit de la concurrence. Celui-ci est constitué pour l'essentiel par la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence<sup>38</sup> et l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises<sup>39</sup>. Le droit suisse des télécommunications se caractérise aussi, comme le droit communautaire, par un nombre relativement grand de textes<sup>40</sup>; ceux qui nous intéressent avant tout ici sont la loi fédérale sur les télécommunications<sup>41</sup> et l'ordonnance sur les services de télécommunication<sup>42</sup>. L'ensemble de cette réglementation est pour l'essentiel **eurocompatible**, le législateur ayant même appliqué ce principe par des renvois exprès à la réglementation européenne. Pour le surplus, le projet de révision récemment mis en consultation tend à parfaire cet objectif en incorporant dans le droit suisse, de manière autonome, le nouveau cadre réglementaire communautaire – en particulier, en matière de dégroupage<sup>43</sup>.

Il est cependant piquant de constater que la LTC ne retenait en 1997 déjà qu'un **concept unique**, en droit de la concurrence

- 30 Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), JOCE 2002 L 108 p. 51.
- 31 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE 2002 L 201 p. 37.
- 32 Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JOCE 2002 C 165 p. 3, adopté sur la base de l'art. 15 de la directive «cadre» (supra note 27).
- 33 Les réseaux de communications électroniques et les services de communications sont définis à l'art. 2 lit. a et c de la directive «cadre» (supra note 27). A noter par ailleurs que la convergence exige que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire (idem, considérant 5).
- 34 Art. 7 al. 3 et 4 de la directive «cadre» (supra note 27).
- 35 Voir considérant 14 de la directive «accès» (supra note 29).
- 36 Directive «cadre» et autres directives. Voir art. 14 al. 2 de la directive «cadre» (supra note 27). Eg. infra note 59.
- 37 Lignes directrices, § 19 (supra note 32).
- 38 RS 251 (LCart).
- 39 RS 251.4 (OCCE).
- 40 RS 784.10 ss.
- 41 RS 784.10 (LTC).
- 42 RS 784.101.1 (OST).
- 43 Voir supra note 6.

comme dans la réglementation sectorielle, celle de position dominante<sup>44</sup>. En effet, l'art. 11 al. 1 LTC prévoit que «les fournisseurs de services de télécommunication ayant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir l'interconnexion à l'égard d'autres fournisseurs (...)»<sup>45</sup>. Qui plus est, la LTC met en place une procédure qui tend à développer une application cohérente de la notion de position dominante puisque, lorsqu'il mène l'enquête qui débouchera sur la décision de la Commission fédérale de la communication (ComCom), l'OFCOM consultera généralement la Commission de la concurrence «pour juger si un fournisseur a une position dominante»<sup>46</sup>.

L'art. 9 LTC prévoit par ailleurs que le transfert de tout ou partie d'une concession est soumis à l'accord de la ComCom. L'autorité vérifie alors, notamment, que cette opération n'affecte pas la concurrence efficace (art. 1 al. 2 lit. c et 23 al. 4 LTC). Cette opération peut s'apparenter, voire être menée parallèlement à une procédure de contrôle de concentration en droit de la concurrence. La pratique de la ComCom est d'ailleurs d'assimiler à un transfert de concession une prise de participations significative ou un autre moyen qui permet à un tiers d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise concessionnaire<sup>47</sup>.

### III. Mesures correctives

#### 1. Généralités et problématique

La définition du marché pertinent est le mécanisme qui permet de déterminer si une entreprise détient<sup>48</sup> ou détiendra<sup>49</sup> une position dominante. La démarche de la Commission CE, qui a émis une communication particulière au marché des télécommunications<sup>50</sup>, concrétise le rôle central de cette phase de la procédure. Le régulateur suisse et les autorités de la concurrence ont eu l'occasion de constater de telles situations à plusieurs reprises: ensemble du marché suisse des télécommunications, tous services confondus, au moment de l'entrée en vigueur de la LTC<sup>51</sup>; marché des lignes louées<sup>52</sup>; «dernier kilomètre»<sup>53</sup>; réseau Internet (backbone)<sup>54</sup>; téléphonie mobile<sup>55</sup>. L'identification d'une position dominante n'est pas une fin en soi. Il s'agit ensuite

d'examiner si l'entreprise en abuse ou si, d'une autre manière, cette situation a des effets néfastes sur la concurrence ou le processus de libéralisation. Lorsque l'un ou l'autre de ces constats a été fait, il faut, conformément au principe de proportionnalité, déterminer quelle est la mesure la plus appropriée face à cette situation. L'interdiction est bien entendu la plus drastique. Mais, pour l'autorité concernée ou les parties à une concentration, par exemple, les mesures correctives peuvent constituer une alternative<sup>56</sup>. Celles-ci peuvent aussi jouer en cas d'abus de position dominante ou de transfert de concession.

On distingue généralement entre mesures structurelles et mesures comportementales. Les premières sont des procédés qui visent à altérer la configuration structurelle du marché – nombre et identité des concurrents, parts de marché, barrières à l'entrée, etc. Les secondes comportent la promesse d'agir d'une manière déterminée dans le futur; elles portent sur le comportement stratégique des entreprises, soit sur les prix,

44 La définition de position dominante figurant à l'art. 4 al. 2 LCart est profondément inspirée de la jurisprudence communautaire.

45 Eg. art. 40 ss OST.

46 Art. 11 al. 3 LTC. Eg. art. 56 OST. Pour des cas d'application, DPC 2001/2, p. 348, Interkonnektionsverfahren diAx vs. Swisscom AG; DPC 2001/2, p. 360, Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom vs. Swisscom AG und diAx vs. Swisscom AG (avis de la ComCo selon l'art. 47 al. 1 LCart).

47 P.ex. chiffre 2.3.3 du modèle de concession GSM disponible à l'adresse Internet <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/francais/telecomdienste/fournisseursdeservicesdetelecom/concession-pourfst/11.pdf>.

48 Dans le cas d'une procédure où l'on reproche à une entreprise un abus de position dominante ou dans le cas d'une procédure d'interconnexion.

49 Dans le cas d'une procédure de contrôle de concentration ou de transfert de concession.

50 Supra note 32. En droit communautaire de la concurrence, Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JOCE 1997 C 37, p. 3). En droit suisse, art. 11 al. 3 OCCE.

51 DPC 1997/2 p. 161, Telecom PTT/Blue Window; DPC 1997/1 p. 44, Telecom PTT/Blue Window – Mesures provisionnelles.

52 DPC 1999/3 p. 375, Swisscom – Angebot von Mietleitungen; Décision de la ComCom du 2 octobre 2000, Commcare c. Swisscom, décision annulée par l'ATF du 3 octobre 2001 dans les causes 2A.503/2000 et 2A.505/2000, Commcare c. Swisscom.

53 Décision de la ComCom du 5 février 2002, TDC (diAx), disponible à l'adresse Internet <http://www.fedcomcom.ch/comcom/docs/ComCom-Verf-ULL-off.pdf>.

54 Décision WorldCom/MCI, infra note 61.

55 Voir par exemple les décisions de la Commission CE France Telecom/Orange, Vodafone/Airtouch, infra note 61.

56 Art. 6 et 8 du Règlement 4064/89 relatif au contrôle des concentrations. JOCE 1989 L 395 (Règlement 4064/89), p. 1, entré en vigueur le 21.9.1990 (art. 25 § 1 Règlement 4064/89), modifié par le règlement 1310/97, JOCE 1997 L 180 p. 1. Les dispositions du règlement modifié sont entrées en vigueur le 1er mars 1998. Le règlement est en cours de révision.

les quantités, les stratégies concernant la vente des produits, etc. Traditionnellement, les autorités antitrust ont pour leur part marqué une certaine préférence pour les mesures structurelles<sup>57</sup>.

La distinction entre mesures structurelles et comportementales est parfois difficile à opérer en pratique. Elle n'a d'ailleurs aucune conséquence juridique, en droit communautaire<sup>58</sup> comme en droit suisse. En Suisse, la LCart ne donne aucune indication sur les mesures à adopter; la ComCo est dotée d'une libre appréciation en ce qui concerne le choix de la mesure appropriée.

Les ARN jouissent également d'un pouvoir discrétionnaire important; toutefois, à la différence des autorités de la concurrence, elles ne peuvent, en principe, choisir que parmi les obligations maximales prévues dans les directives<sup>59</sup>.

## 2. Principales mesures correctives appliquées

Les mesures présentées dans cette section n'ont aucun caractère exhaustif; il s'agit en effet d'adapter chaque fois la charge ou la condition administrative à l'objectif recherché. Elles illustrent cependant bien l'importance du réseau et de l'accès à celui-ci. Cet élément est déjà central dans les règles sectorielles ex ante<sup>60</sup>.

### A. Désinvestissement

Le désinvestissement porte sur la vente d'une partie des opérations, divisions ou filiales d'une entreprise. Il tend en particulier à diminuer le pouvoir de marché en réduisant ou éliminant le chevauchement des parts de marché; la cession de parts de marché contribue en outre à la création d'un «concurrent de remplacement» capable de sauvegarder l'état de concurrence qui prévalait avant la concentration. Le désinvestissement peut par ailleurs contribuer à éliminer une intégration verticale qui pourrait être à l'origine de problèmes d'exclusion. Le désinvestissement est la mesure la plus utilisée pour éliminer les effets négatifs des opérations de concentration dans le secteur des télécommunications<sup>61</sup>.

Le désinvestissement le plus important est sans doute celui de la cession des activités Internet de MCI dans la fusion entre WorldCom et MCI. L'opération envisagée résultait dans la création d'une position dominante sur le marché de la fourniture de connectivité Internet du plus haut niveau ou «universelle»<sup>62</sup>. Dans ce marché WorldCom et MCI étaient deux des cinq plus grands opérateurs<sup>63</sup>; dans le cas de l'Internet le chevauchement des parts de marchés a des conséquences plus problématiques pour la concurrence à cause de l'effet de réseau. Celui-ci est caractéristique des marchés où la valeur que le consommateur attache à un produit ou à un service augmente avec le nombre de personnes qui utilisent le même produit ou un produit

57 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CEE) n 4064/89 du Conseil et au règlement (CE) n 447/98 de la Commission, JOCE 2001 C 68, p. 3, considérant 13.

58 Arrêt du TPICE du 25 mars 1999 dans l'affaire T-102/96, Gencor Ltd c. Commission CE des Communautés européennes, RJCE 1999 II p. 753, § 318.

59 Voir la directive «accès» supra note 29, considérant 14; art. 7 de la directive «cadre» supra note 27. Voir également l'art. 6 de la directive «autorisation», supra note 28, et son annexe qui contient une liste exhaustive des conditions pouvant être attachées aux autorisations générales, aux droits d'utilisation de radiofréquences et aux droits d'utilisation des numéros (ressources d'adressage).

60 Surtout section II.2.

61 Le désinvestissement a été utilisé dans les affaires suivantes: Telia/Sonera, décision de la Commission CE du 10 juillet 2002 dans l'affaire M.2803 (cession de l'activité de téléphonie mobile de Telia en Finlande; cession de l'activité de Telia en Suède dans le secteur de la télévision par câble); Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, décision de la Commission CE du 20 septembre 2001 dans l'affaire M.2574 (cession de Blu, active dans le secteur de la téléphonie mobile et de Autostrada Telecom, active dans le marché de la capacité de transmission); YLE/TDF/Digita/JV, décision de la Commission CE du 26 juin 2001 dans l'affaire M.2300 (cession de l'activité de TDF/Telemast dans le marché de la transmission terrestre et de la distribution de services de télécommunications pour des programmes de radio); France Telecom/Orange, décision de la Commission CE du 11 août 2000 dans l'affaire M.2016 (cession des activités d'Orange dans le marché Belge de téléphonie mobile); Vodafone Airtouch/Mannesmann, décision de la Commission CE du 12 avril 2000 dans l'affaire M.1795 (cession de Orange, active dans le secteur de la téléphonie mobile); Telia/Telenor, décision de la Commission CE du 13 octobre 1999 dans l'affaire M.1439 (opération retirée par les parties); Vodafone/Airtouch, décision de la Commission CE du 21 mai 1999 dans l'affaire M.1430 (cession de participation dans E-Plus, active dans le secteur de téléphonie mobile en Allemagne); BT/AT&T, décision de la Commission CE du 30 mars 1999 dans l'affaire JV.15 (cession de l'activité des services téléphoniques locaux, nationales et internationales de ACC); WorldCom/MCI, décision de la Commission CE du 8 juillet 1998 dans l'affaire M.1069 (cession de l'activité Internet de MCI); British Telecom/MCI(II), décision de la Commission CE du 14 mai 1997 dans l'affaire M.856 (cession de l'activité audioconférence de MCI au Royaume-Uni).

62 Décision WorldCom/MCI, supra note 61, § 135; Communiqué de presse du Department of Justice (DOJ), «Justice Department Clears WorldCom/MCI Merger After MCI Agrees to Sell its Internet Business», du 15 juillet 1998. La Commission se réfère au marché de la fourniture de connectivité Internet du plus haut niveau (top-level ISP), ce qui correspond à Internet backbone market, le marché de fourniture de services de haut niveau aux FSI.

63 Les autres opérateurs sont AT&T, GTE et Sprint.

complémentaire<sup>64</sup>. Ainsi, l'effet de réseau crée des économies d'échelle du côté de la demande. Plus le réseau devient important, plus l'entreprise aura la possibilité d'exercer son pouvoir de marché sur les petits réseaux et les fournisseurs de services Internet (FSI). Comme les clients finaux ont intérêt à avoir une connectivité qui couvre le plus de réseaux possibles (la plus grande partie de l'Internet), une baisse de la qualité de la connexion des petits réseaux incitera leurs clients à changer et/ou les nouveaux clients à se connecter au plus grand réseau, «contribuant» de la sorte au renforcement de ce dernier – l'effet de réseau aide d'une certaine manière l'entité à devenir dominante. Ce réseau a de fortes chances ensuite de devenir le seul à fournir de la connectivité de haute niveau (tipping effect)<sup>65</sup>.

L'importance de l'effet de réseau – la Commission CE se réfère à l'effet de réseau en l'appelant «effet boule de neige» – empêche l'entrée indépendante (sans acquisition) dans ce marché<sup>66</sup>. En effet, le nouvel entrant ne peut pas bénéficier de l'effet de réseau, car il ne peut pas atteindre la taille nécessaire à cet effet; pour corriger l'effet anticoncurrentiel de cette concentration les autorités ont choisi de remplacer la perte de l'une des parties à la concentration par la création d'un concurrent viable dans ce marché à travers le désinvestissement des activités Internet de MCI (ci-après «activités iMCI»). Cette solution avait pour but de garder la parité entre les 'Internet backbone providers', en empêchant ainsi WorldCom/MCI d'accroître sa taille qui serait disproportionnée par rapport aux autres 'Internet backbone providers'. L'alternative était la réglementation de la connectivité des FSI dépendants et de l'interconnexion entre les réseaux de haut niveau, possibilité écartée par la Commission dans ce cas<sup>67</sup>.

Le choix de la division à désinvestir est crucial. C'est ainsi que des tiers avaient émis des doutes quant à la cession des activités iMCI<sup>68</sup> à Cable & Wireless, car celles-ci étaient fortement intégrées à MCI, contrairement aux activités de UUNet, filiale de WorldCom fournissant des services dans le même secteur. Ces craintes n'ont pas tardé à se réaliser<sup>69</sup>. Les difficultés rencontrées lors du désinvestissement des activités iM-

CI ont été prises en compte lors de l'examen de la fusion MCI WorldCom/Sprint<sup>70</sup>. En analysant la position des concurrents, la Commission CE constate que: «*This network [of Cable & Wireless] is the result of the divestment of the MCI Internet network in 1998. Its internal traffic relative share has decreased since the divestiture and its market position has degraded. The reasons for that degradation are probably multiple but include the perception by the market place that the transfer was not entirely complete and that the service offering had been degraded.*»<sup>71</sup>

Dans l'appréciation de l'engagement des parties à céder les activités Internet de Sprint, la Commission CE est restée très prudente, considérant en particulier que la cession de ces activités ne pourrait pas remplacer immédiatement la perte de Sprint comme concurrent direct de MCI WorldCom sur le marché de fourniture de connectivité de haut niveau. Ces deux affaires montrent qu'après avoir exclu la réglementation de l'accès au réseau de haut niveau, le choix est limité à procéder à un désinvestissement ou à interdire purement et simplement la concentration. Cette dernière possibilité est la seule qui entre en ligne de compte lorsque les autres solutions ne sont pas capables d'éliminer les effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration.

Un désinvestissement peut aussi empêcher l'apparition d'un effet de coordination suite à une concentration d'entreprises même lorsque la part de marché attachée à l'activité vendue est modeste. Ainsi, le désinvest-

64 D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *Modern Industrial Organization*, 3ème édition, Massachusetts (Addison-Wesley) 2000, p. 374 ss.

65 Un tel scénario a été développé et étudié par J. Crémer, P. Rey, J. Tirole, *Connectivity in the commercial Internet*, *The Journal of Industrial Economics*, 2000 XLVIII(4), p. 433-472, qui ont conseillé GTE – concurrent direct de WorldCom et MCI – dans l'affaire WorldCom/MCI.

66 Décision WorldCom/MCI, supra note 61, §§ 129 ss.

67 Idem, § 139 s.

68 Idem, § 139.

69 La Commission CE avait estimé la période d'intégration des actifs de iMCI à deux ans. Toutefois, dans l'affaire MCI WorldCom/Sprint, décision du 28 juin 2000 dans l'affaire M.1741, §§ 390 et § 408, elle a constaté que cette estimation était très optimiste; en réalité la période pouvait être étendue à quatre ans.

70 IP/00/668 du 20 juin 2000: «Dans son appréciation des possibilités de réalisation de la cession [des activités internet de Sprint], la Commission a également tenu compte des points soulevés par Cable & Wireless après son rachat d'Internet MCI.»

71 Décision MCI WorldCom/Sprint, supra note 69, § 134.



tissement a été utilisé avec succès lors de l'opération France Telecom/Orange<sup>72</sup>, même si la part de marché de l'entité cédée était de 5%. L'opération affectait le marché de la téléphonie mobile en Belgique, où seuls trois opérateurs sont actifs. La cession de KPN Orange Belgium, filiale d'Orange, permettait d'éviter le passage de trois à deux opérateurs, ce qui aurait facilité un comportement parallèle dans ce marché<sup>73</sup>. La mesure visait à maintenir un opérateur qui, jusqu'à l'opération, avait déstabilisé le comportement coordonné des anciens opérateurs dans le marché belge et qui, s'il restait indépendant de France Telecom/Mobistar et de Proximus, pourrait dans le futur jouer le même rôle.

Dans les marchés de télécommunication détenus auparavant par les opérateurs historiques, le désinvestissement du chevauchement horizontal peut ne pas être suffisant pour garantir les conditions de concurrence. Dans l'affaire Telia/Telenor<sup>74</sup>, le désinvestissement des activités d'une des parties ne pouvait pas résoudre les effets négatifs du renforcement d'une position dominante dans le marché de la téléphonie fixe, car le cadre réglementaire en Suède et en Norvège n'ouvrait pas l'accès à la boucle locale aux tiers. L'absence de la possibilité d'avoir un accès à la boucle locale consti-

tuait une barrière importante à l'entrée pour les nouveaux arrivants; en l'absence d'un tel accès, les nouveaux arrivants avaient un choix limité: ils devaient ou bien construire un nouveau réseau – ce qui demandait des investissements importants – ou bien louer des lignes ou encore utiliser des service d'accès commuté – mesures qui demandaient aussi l'utilisation de la boucle locale<sup>75</sup>. Ainsi, en plus du désinvestissement, les parties s'étaient engagées à ouvrir l'accès à leur boucle locale aux tiers, sur une base non discriminatoire. Le dégroupage de la boucle locale permettait en effet aux autres opérateurs d'établir une relation directe avec les consommateurs, ce qui augmentait la concurrence par rapport aux opérateurs existants<sup>76</sup>. Le nouveau cadre réglementaire prévoit désormais la possibilité d'imposer aux opérateurs en position dominante d'accorder à des tiers l'accès dégroupé à la boucle locale<sup>77</sup>.

## B. Garantie d'accès

La garantie d'accès est une mesure utilisée largement par les autorités de concurrence et réglementaires. Son caractère structurel ou comportemental n'est pas bien établi, car si elle agit sur la structure du marché en diminuant les barrières à l'entrée, elle comporte aussi un engagement pour les entreprises de donner accès à une infrastructure pour une longue durée.

Les autorités de la concurrence utilisent cette mesure pour éliminer les effets négatifs d'un abus de position dominante sous la forme de refus de contracter ou d'une opération de concentration. Dans le premier cas il s'agit de l'application de la théorie des facilités ou installations essentielles (essential facilities), qui soumet l'octroi d'accès à des conditions strictes<sup>78</sup>. La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a eu l'occasion de poser les principes de cette théorie dans l'affaire Oscar Bronner, où cette juridiction a conclu que pour avoir accès à un système de portage à domicile, il faudrait: «*non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce*

72 Décision France Telecom/Orange, supra note 61. L'origine de cette opération est le désinvestissement d'Orange imposé à Vodafone Airtouch dans l'affaire Vodafone Airtouch/Mannesmann (supra note 61).

73 Avant l'entrée de KPN Orange Belgium en 1999, Proximus, contrôlée par France Telecom, et Mobistar étaient les seuls opérateurs en Belgique; pendant quatre ans, l'évolution et la tendance des prix des deux sociétés étaient les mêmes et elles pratiquaient une politique de transparence sur les prix. Après l'entrée de KPN Orange Belgium, Proximus et Mobistar ont réduit les prix de 33 à 50%. Le comportement de KPN Orange Belgium, même avec une part de marché de 5%, a mis fin à la politique des prix collusifs des deux autres opérateurs.

74 Décision de la Commission CE du 13 octobre 1999 dans l'affaire M.1439, Telia/Telenor, opération retirée par les parties. Cette affaire est d'une importance particulière, car elle annonce les principes directeurs pour la délimitation de différents marchés de télécommunication.

75 Idem, § 130 ss.

76 Idem, § 390 ss.

77 Art. 12 de la directive «accès», supra note 29. Voir en outre la Communication de la Commission sur le dégroupage de l'accès à la boucle locale (supra note 26).

78 Voir sur la notion OCDE, The essential facilities concept, Roundtables n° 5, document OCDE/GD(96)113, disponible sur l'adresse Internet <http://www1.oecd.org/daf/clp/roundtables/ess02.htm>; Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications: cadre général, marchés en cause et principes, JO-CE 1998 C 265 p. 2, considérants 87 ss.

*sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile.»<sup>79</sup>*

Appliquées au secteur des télécommunications, les conditions pour fonder une demande de fourniture d'accès en vertu de la théorie des installations essentielles sont les suivantes:

- l'accès à l'infrastructure en question est essentiel pour l'exercice de la concurrence;
- la capacité disponible est suffisante pour fournir l'accès;
- l'entreprise qui est propriétaire de l'infrastructure ne parvient pas à satisfaire la demande pour un service ou un produit existant, empêche la création de nouveaux produits ou services, ou entrave la concurrence sur un marché de produits ou de services potentiel ou existant;
- l'entreprise qui sollicite l'accès est disposée à payer une redevance et accepter toute condition d'accès non discriminatoires;
- il n'existe pas de raison objective de refuser l'accès.<sup>80</sup>

Les obligations **réglementaires** vont au-delà de l'application de l'art. 82 CE ou de l'art. 7 LCart et de la théorie des installations essentielles, où une obligation de contracter avec de nouveaux clients ne peut être imposée à une entreprise en position dominante que si elle possède une installation essentielle (i.e. une installation pour laquelle il n'existe aucun substitut réel ou potentiel). En effet, l'obligation de contracter est une exception au principe général de la liberté contractuelle, principe qui découle de la liberté économique<sup>81</sup>; en outre, l'obligation de contracter peut entrer en conflit avec le droit de chaque entreprise de tirer profit et de disposer librement de sa propriété (du réseau), droit également reconnu dans les systèmes juridiques des pays membres et de la Suisse. Une autre considération économique entre en jeu: lorsque d'autres concurrents peuvent utiliser des installations construites et maintenues par un opérateur, l'accès obligatoire ne doit pas diminuer la motivation de ce dernier d'investir dans le développement et l'innovation du réseau. Ces raisons expliquent la retenue des autorités de la

concurrence lorsqu'elles doivent ordonner un devoir de contracter.

Dans la **réglementation sectorielle**, l'obligation de fourniture d'accès est indépendante de l'existence d'une installation ou infrastructure essentielle. Un opérateur de réseau peut en effet se trouver en position dominante en dépit de l'existence de réseaux concurrents<sup>82</sup>. Le nouveau cadre réglementaire européen prend cependant en compte les intérêts du propriétaire du réseau: ainsi, les ARN doivent peser l'intérêt du propriétaire d'exploiter son infrastructure à son propre avantage et celui des autres fournisseurs de services d'avoir accès à des infrastructures indispensables; une demande d'accès ne devrait néanmoins être rejetée que sur la base de critères objectifs, comme la faisabilité technique ou la nécessité de préserver l'intégrité du réseau<sup>83</sup>.

Les opérateurs qui ont l'obligation d'octroyer l'accès doivent assurer également l'ouverture des interfaces techniques, ce qui garantit **l'interopérabilité**, un objectif important du nouveau cadre réglementaire<sup>84</sup>: il s'agit d'un mécanisme indispensable à la mise en place et au développement d'un réseau transeuropéen et à la libre cir-

79 Arrêt de la CJCE du 26 novembre 1998 dans l'affaire Oscar Bronner c. Mediaprint, RJCE 1998 I 7791, § 41 (souligné par les auteurs). Le plaignant a demandé de faire une analogie avec l'affaire Magill, où la Commission ordonnait à RTE et ITP l'octroi de licences obligatoires. Les licences obligatoires imposées dans le cas d'abus au sens de l'art. 82 CE sont exceptionnelles en pratique. Un tel cas était Magill, où la CJCE a confirmé la décision de la Commission CE (et celle du TPICE du 10 juillet 1991 dans les affaires jointes T-69/89 et T-76/89, Magill, RJCE 1991 II 485 ss). Cette mesure a été prise pour mettre fin au refus par RTE et ITP de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur, pratique qualifiée d'abus par la Commission CE (arrêt du CJCE du 6 avril 1995 dans les affaires jointes C-241/91 et C-242/91 P, RTE et ITP c. Commission CE – Magill, RJCE 1995 I 743 ss).

80 Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications: cadre général, marchés en cause et principes, JOCE 1998 C 265, p. 2, considérant 93.

81 Art. 27 Constitution fédérale; en droit communautaire, un tel droit est dérivé par les juridictions communautaires lorsque la majorité des pays le reconnaît, ce qui est le cas pour la liberté économique (ou du commerce). Voir Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 28 mai 1998 dans l'affaire C-7/97, Oscar Bronner c. Mediaprint, RJCE 1998 I 7791.

82 Lignes directrices, considérant 81, supra note 82.

83 Directive «accès», considérant 19, supra note 29.

84 Directive «accès», considérant 9, supra note 29; selon l'art. 12 lit. e de cette directive, les opérateurs peuvent se voir imposer «d'accorder un accès ouvert aux interfaces techniques, protocoles ou autres technologies clés qui revêtent une importance essentielle pour l'interopérabilité des services ou des services de réseaux virtuels». Voir également l'art. 18 de la directive «cadre», supra note 27.

culution de l'information. Les autorités de concurrence ont également un intérêt marqué pour les mesures qui permettent d'assurer l'interopérabilité. Ainsi, dans l'affaire BSkyB/KirchPayTV la Commission CE a accepté les engagements de Kirch d'ouvrir l'accès, d'une part, à sa plateforme technique, qui inclut les décodeurs d-box, et, d'autre part, au système de contrôle d'accès<sup>85</sup>. Pour cela, Kirch s'est engagé à incorporer l'interface d'application de programmes (API), standardisée et acceptée par le DVB dans le décodeur d-box pour assurer l'interopérabilité<sup>86</sup>. Kirch acceptait en plus d'octroyer des licences de production pour les décodeurs d-box et de ne pas empêcher ces producteurs d'incorporer dans les décodeurs produits le système de contrôle d'accès d'une autre partie<sup>87</sup>. Les mesures proposées avaient pour effet de diminuer les barrières à l'entrée dans le marché de la télévision payante et d'empêcher KirchPayTV de se servir de sa position dominante dans ce marché pour occuper une fonction de leader dans le marché des services pour la télévision digitale interactive (effet de levier)<sup>88</sup>.

### C. Non-discrimination

Tant l'art. 82 CE que l'art. 7 LCart sanctionnent – comme un abus de position dominante – la discrimination des partenaires commerciaux, lorsque celle-ci est dénuée de justification objective (par exemple sur les tarifs appliqués, l'accès technique, les délais, la qualité de la connexion).

La non-discrimination est le principe directeur de la réglementation de l'accès: les entreprises désignées comme puissantes sur le

marché ne doivent pas refuser l'accès pour des motifs non objectifs ou l'octroyer sous des conditions discriminatoires. Cette exigence demande une surveillance continue de l'application de l'obligation d'octroi d'accès, notamment par des mesures qui permettent de mettre en évidence les cas de discrimination, qu'il s'agisse du prix de la connexion ou de qualité du service offert. L'obligation réglementaire de non-discrimination prévue par le nouveau cadre réglementaire exprime les mêmes exigences qu'en droit de la concurrence: «*Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires.*»<sup>89</sup>

En droit de la concurrence, les engagements de Vodafone Airtouch<sup>90</sup> donnent un exemple très complet d'un engagement de non-discrimination. Suite à l'acquisition de Mannesmann par Vodafone Airtouch, la nouvelle entité détient une position dominante dans le marché de la fourniture de services paneuropéens sans rupture (seamless). Cette entité a le contrôle unique ou conjoint d'opérateurs de téléphonie mobile dans onze Etats membres<sup>91</sup>; elle détient de cette façon une position unique pour construire et exploiter un réseau intégré dans le marché communautaire, ce qui lui permet d'offrir des services avancés de télécommunication sans rupture sur une base paneuropéenne. Les autres opérateurs concurrents ne peuvent pas offrir de tels services, à cause de la segmentation de leurs réseaux<sup>92</sup>. Pour empêcher la création d'une position dominante dans ce marché, les parties à l'opération se sont engagées à offrir aux tiers, d'une manière non discriminatoire, des arrangements d'itinérance et de vente en gros de services de télécommunication<sup>93</sup>.

Cette mesure de garantie d'accès permettait aux autres opérateurs d'offrir les mêmes services que l'entité nouvelle et à des tarifs susceptibles de créer une situation de concurrence. Ainsi, l'engagement de ne pas pratiquer de pression sur les marges bénéficiaires des opérateurs tiers (margin squeezing) vise à empêcher l'entité

85 Décision de la Commission CE du 21 mars 2000 dans l'affaire COMP/JV.37, BSkyB/KirchPayTV. Pour favoriser l'interopérabilité, l'accès à des spécifications techniques a été utilisé également dans l'affaire Vodafone Airtouch/Mannesmann, supra note 61 (accès aux standards et aux informations techniques).

86 Idem, point 5 (a) de l'Annexe (DVB «Digital Video Broadcasting Group»).

87 Idem, point 9 (a) de l'Annexe.

88 Idem, § 94. Le marché des services pour la télévision digitale interactive n'existait pas encore en Allemagne. Les offreurs de ces services mettront une plateforme à disposition des fournisseurs de contenu qui désirent offrir leur biens et services à travers la télévision digitale interactive (idem, §§ 30 ss). Ce marché est conçu comme complémentaire au marché de la télévision payante.

89 Directive «accès», art. 9 al. 2, supra note 29.

90 Décision Vodafone Airtouch/Mannesmann, supra note 61.

91 Idem, § 33.

92 Idem, §§ 42 s.

93 Idem, § 69.

nouvelle d'offrir les services promis à des tarifs qui ne donneraient pas aux autres opérateurs une marge suffisante pour rester dans le marché. Cette mesure comportementale est très proche des obligations réglementaires d'alignement des tarifs sur les coûts. Pour être effective, la promesse de ne pas discriminer est accompagnée de la publication d'un contrat-type de services d'itinérance, de la publication des principes comptables applicables et des spécifications techniques de la qualité de l'offre; ce qui rend cet engagement très transparent<sup>94</sup>.

#### D. Contrôle des prix

Le contrôle des prix peut devenir nécessaire lorsque les conditions du marché ne sont pas celles d'une concurrence effective. Le contrôle des prix est une mesure hautement réglementaire; pour assurer une certaine efficacité à la mesure, les ARN peuvent prévoir un contrôle ex ante. L'art. 13 de la directive «accès» permet aux ARN d'imposer des obligations liées au contrôle des prix et d'exiger des entreprises leur adaptation, «lorsque l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals». Ainsi, ce système de contrôle des prix, pour la fourniture d'interconnexion et/ou d'accès, peut intervenir lorsqu'une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante et, comme en droit de la concurrence, vise à empêcher les prix excessifs et les prix prédateurs<sup>95</sup>. L'art. 17 de la directive «service universel» permet aux Etats membres d'exiger des entreprises puissantes sur le marché de ne pas pratiquer de prix excessifs ou des prix d'éviction<sup>96</sup>. Bien que, à la différence du droit de la concurrence, ces obligations peuvent intervenir ex ante, l'objectif se rapproche des buts poursuivis en droit de la concurrence. Relevons cependant qu'en pratique, l'autorité de la concurrence s'intéresse aux excès d'une certaine ampleur, alors que le régulateur, en raison des moyens mis à sa disposition, pourra procéder à une analyse plus fine. Le régulateur devra aussi considérer les risques qu'entraîne une telle intervention pour les investissements et l'état des réseaux à long terme et veiller à ce que les mécanismes de l'orientation des prix en

fonction des coûts «visent à promouvoir l'efficacité économique»<sup>97</sup>.

#### E. Séparations comptable et juridique

Les règles sur la **séparation comptable** sont utilisées tant par les autorités réglementaires que par les autorités de la concurrence. Comme nous l'avons déjà relevé, la garantie d'accès est liée étroitement à la non-discrimination et au contrôle des prix. La détermination des composantes des coûts pour les différents services qui entrent en ligne de compte permet de fixer les tarifs appliqués aux autres opérateurs. Il est important que ces derniers, pour sauvegarder la capacité concurrentielle et leur viabilité, ne payent que pour les services qu'ils achètent et ne contribuent pas à financer les autres activités des offreurs. La séparation comptable contribue par ailleurs à accroître la transparence sur les coûts et les profits, en permettant ainsi de vérifier que les obligations de non-discrimination sont respectées<sup>98</sup>. Il s'agit enfin d'avoir un instrument permettant de détecter d'éventuelles pratiques de subventions croisées abusives et, le cas échéant, de contrôler les prix eux-mêmes lorsque cela s'avère nécessaire. Ainsi, la directive «cadre» permet aux Etats membres de demander aux entreprises qui fournissent des réseaux de communications publiques ou des services de communication accessibles au public «de tenir une comptabilité séparée pour les activités liées à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques, de la même façon que si ces activités étaient entreprises par des sociétés juridiquement indépendantes, de manière à identifier, avec la base de leurs calculs et le détail des méthodes d'imputation appliquées, tous les éléments de dé-

94 Pour sa part, l'art. 9 de la directive «accès», supra note 29, prévoit que «lorsqu'un opérateur est soumis à des obligations de non-discrimination, les autorités réglementaires nationales peuvent lui imposer de publier une offre de référence, qui soit suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé, comprenant une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris des prix.»

95 Art. 82 lit. a du traité CE; art. 7 al. 2 lit. c et d LCart.

96 Cette directive (supra note 30) a pour objectif d'assurer pour les utilisateurs un ensemble de services minimal, de qualité déterminé et d'un prix abordable. Du point de vue du consommateur, le caractère abordable des prix est lié à sa capacité de surveiller et de maîtriser ses dépenses (voir considérant 10).

97 Art. 13 al. 2 de la directive «accès», supra note 29.

98 Directive «accès», considérants 18 ss, supra note 29.

*penses et de recettes liés à leurs activités associées à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques.»<sup>99</sup>*

La séparation comptable a aussi été utilisée comme une mesure accompagnatrice d'engagements de non-discrimination dans plusieurs affaires en droit de la concurrence<sup>100</sup>.

La **séparation juridique** est utilisée pour les mêmes raisons que la séparation comptable<sup>101</sup>: lorsque les activités de fourniture

de réseaux et les services de télécommunication sont séparées en deux sociétés juridiquement indépendantes, la comptabilité est automatiquement tenue de manière distincte. Cette situation favorise par ailleurs une comptabilisation détaillée des coûts. La séparation juridique donne plus d'assurances que la séparation comptable: cette séparation conduit à une plus grande transparence des actifs, des coûts et de la profitabilité des entités<sup>102</sup>.

La séparation juridique a été utilisée comme mesure corrective dans l'opération de concentration entre Telia et Sonera<sup>103</sup> pour contrôler le respect des obligations légales concernant les tarifs orientés en fonction des coûts imposés aux deux opérateurs historiques en Finlande et en Suède. Les parties se sont engagées à instaurer une séparation juridique, d'une part, entre leurs réseaux fixes et mobiles et, d'autres part, entre leurs réseaux et les services (de détail) dans leurs activités respectives<sup>104</sup>. Cette séparation légale visait à accroître la transparence dans la fixation des tarifs par les opérateurs, réduisant ainsi le risque d'éviction, y compris par l'augmentation des coûts des autres opérateurs de téléphonie fixe et mobile.

Christian Bovet est membre de la Commission fédérale de la communication (ComCom). Les opinions exprimées dans le présent article appartiennent aux auteurs seuls et ne reflètent pas nécessairement la position de cette autorité.

99 Art. 13 al. 1 lit. a) de la directive «cadre», supra note 27. Voir également l'art. 11 de la directive «accès», supra note 29.

100 La séparation comptable ou des mesures relatives au principes de comptabilité ont été utilisées dans les affaires suivantes: Vodafone Airtouch/Mannesmann et Telia/Sonera (supra note 61); Atlas, décision de la Commission du 17 juillet 1996 dans l'affaire IV/35.337, JOCE 1996 L 239 p. 23; Phoenix/GlobalOne, décision de la Commission du 17 juillet 1996 dans l'affaire IV/35.617, JOCE 1996 L 239 p. 57.

101 Voir l'art. 13 al. 1 lit. b) de la directive «cadre», supra note 27, où la séparation structurelle est prévue comme une mesure alternative à la séparation comptable.

102 Voir également la directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, JOCE 1999 L 175 p. 39, art. 1: «Chaque Etat membre veille à ce que tout organisme de télécommunications ne fasse pas appel, pour l'exploitation de son réseau câblé de télévision, à la même entité juridique que pour son réseau public de télécommunications lorsque l'organisme en question: a) est contrôlé par cet Etat membre ou bénéficie de droits spéciaux; b) détient une position dominante dans une partie substantielle du marché commun pour fourniture de réseaux de télécommunications publics et de services publics de téléphonie vocale et c) exploite un réseau câblé de télévision établi en vertu de droits spéciaux ou exclusifs dans la même zone géographique.»

103 Décision Telia/Sonera, supra note 61.

104 Idem, § 135 ss.