

La régulation des télécommunications en Algérie : Essai sur une concurrence en demi-teinte !

Noureddine Berri

Maître assistant- Faculté de Droit et
des sc. Politiques-Université de Béjaïa

Introduction :

Le démantèlement du monopole sur les télécommunications en 2000¹ a été suivi par l'introduction des activités du secteur à la concurrence. En dépit de la maladresse du législateur quant à la qualification des télécommunications (réseau ou activités)², les textes régissant le secteur, indiquent clairement que, les télécommunications sont ouvertes à la concurrence. L'existence d'un certain nombre d'opérateurs sur certains segments du marché en témoigne.

Force est de constater toutefois, que le secteur vit en vase clos en ce sens qu'il demeure sous monopole étatique d'une autre *couleur*. En effet, l'opérateur historique détient l'essentiel des télécommunications algériennes -le réseau-, et ce, en l'absence de l'introduction de ce dernier à la concurrence.

L'entrée des opérateurs sur le marché est certes, un vecteur important de concurrence, mais cette concurrence porte sur les prix et non sur les capacités, par les services et non par les infrastructures ; une concurrence mais incomplète³.

Il est pertinent en effet, de constater qu'à après dix ans de régulation et donc d'introduction à la concurrence, les télécommunications restent sous monopole public, du fait notamment, de l'hésitation des pouvoirs publics à faire développer une concurrence par les infrastructures. Car, le point de départ d'une concurrence effective, dans les industries de réseaux, réside dans l'introduction de ces derniers (*les réseaux*) à la concurrence, ce qui est appelé en droit comparé "*la facilité essentielle*".

¹ - Ordonnance n° 75-89 du 30-12-1975 portant code des postes et télécommunications, *JORA* n° 29 du 09 Avril 1976, p. 338, abrogée par la loi n° 2000/03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 Août 2000.

² - L'article 17 de la constitution de 1996 fait des télécommunications, une propriété publique alors que la loi sur les télécommunications en fait d'elles une exception à la domanialité publique (art. 3).

³ - Le titre du présent article est en effet, révélateur d'une relative concurrence dans le secteur. Le nom féminin « *demi-teinte* » signifie selon le Larousse, (*Valeur moyenne entre l'ombre et la pleine lumière*). L'ombre correspondrait aux segments du marché qui reste entièrement sous monopole public ; la pleine lumière quant à elle, correspondrait à la mise en concurrence effective du marché (*par services et infrastructures*).

In fine, il est aisé d'affirmer, à la lumière des modèles étrangers en matière de libéralisation et d'introduction des télécommunications à la concurrence que, le modèle algérien se démarque de ces derniers, en ce que l'Etat détient le principal des télécommunications **(II)**. Quoiqu'il en soit, l'entrée sur ce marché se fait à travers un procédé nouveau dans le jargon juridique algérien, celui de la "régulation sectorielle" **(I)**.

I/ L'introduction du secteur à la concurrence par la régulation sectorielle

L'ouverture à la concurrence de certains services publics a fait surgir en droit algérien les notions de régulation et de régulateur. Cette libéralisation a en effet, donnée lieu à la création d'autorités sectorielles verticales de régulation dans des domaines jusque là réservés à des opérateurs économiques en position de monopole naturel.

Il en est ainsi dans le domaine de la télécommunication. En la matière, c'est la loi n° 2000-03 du 05-08-2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, qui a ouvert en Algérie l'activité à la concurrence. Cependant, cette libéralisation au moyen d'un concept nouveau dans le jargon juridique Algérien qui est « la régulation » **(A)**, ne s'est faite qu'en s'inspirant d'une coutume fort répandue au niveau international du fait notamment, de l'évolution technologique. Ce concept d'essence libéral doit répondre à quelques objectifs fondamentaux **(B)**, notamment, celui de l'organisation équitable du marché et l'objectif de la préservation des missions de service public dans un environnement concurrentiel.

A/ La notion de régulation

On étudiera successivement, l'origine et la polysémie de la notion de régulation puis, l'inspiration du législateur Algérien d'une coutume internationale en matière de libéralisation des télécommunications, qui a fortement contribué à l'émergence de la notion de régulation des services publics en réseaux, en Algérie.

1- Origine et définition de la notion

Le thème de régulation est désormais indissociable de la perspective néolibérale. L'Etat se charge d'assurer le maintien des grands équilibres économiques, en intégrant des contraintes de nature diverse⁴. L'évolution de l'économie de marché rendrait cette intervention indispensable : la mondialisation des échanges économiques, les mutations technologiques, la sophistication des produits financiers..., imposent la mise en place d'instances capables de fixer certaines règles du jeu et de protéger certains intérêts.

⁴ - M. Grozier, « Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes », in *Normes juridiques et régulation sociale*, s/dir. De F. Chazel & J. Commaille, L.G.D.J, Paris, 1991, p. 131.

On passe en effet des mécanismes de contrôle social à de nouvelles formes d'intervention que l'on résume sous le vocable de régulation.

Le mot est apparu en français dès 1460 ; il a depuis la fin du 19^e siècle, un sens assez proche de celui sous-entendu lorsqu'il est question d'autorités de régulation. Le terme régulation se trouve obscurci par la référence au même mot anglais dont la traduction exacte est « réglementation ». La réglementation peut même être regardée comme une des formes de la régulation, « celle qui consiste à produire des normes destinées à discipliner un secteur déterminé »⁵.

Au sens fonctionnel, la régulation est d'origine économique et s'est développée dans les pays anglo-saxons. L'usage Américain a voulu que le terme soit employé pour désigner l'intervention des autorités publiques, notamment fédérales, dans le contrôle de certaines activités économiques. Cette fonction économique tente de corriger diverses formes de déficiences du marché, telles que le pouvoir des monopoles, le déficit d'information ou une fourniture insuffisante des biens collectifs⁶. Cette utilisation économique du terme régulation a été reprise dans la littérature anglo-saxonne contemporaine au moment de la mise en œuvre du programme de privatisation du Gouvernement Thatcher et de l'ouverture à la concurrence des grands services publics au Royaume-Uni⁷.

Dans sa définition la plus générale, celle liée au modèle dit de l'Etat régulateur, déchargé des tâches d'opérateur, la régulation désigne en fait, les formes diverses d'intervention par lesquelles l'Etat « garantit pour le présent et pour l'avenir, le projet social, économique et culturel dont une communauté humaine est dotée »⁸, tout en déléguant au maximum les tâches opérationnelles à d'autres acteurs.

Le concept de régulation est considéré par certains auteurs, comme « une alternative à l'intervention directe d'un Etat entrepreneur ; elle vise la correction des déficiences du marché par l'édiction de règles ou par l'institution d'autorités de supervision »⁹.

Pour d'autres, la régulation signifie que l'intervention de l'Etat est nécessaire dans la sphère économique, il reste toutefois qu'une telle

⁵-La régulation est considérée par Yves Gaudemet comme, « un nouveau pavillon de normativité », « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », *RFAP*, n°109- 1, 2004, p. 13-16

⁶ - G. Majone, *La communauté européenne: un Etat régulateur*, Montchrestien, Paris, 1997, p. 13 à 22

⁷ - A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2003, p. 3 et s.

⁸ - J-L Silicani, « Demain : l'Etat régulateur », *Les échos*, 16.02.2000, cité dans le rapport public du Conseil d'Etat Français sur *les Autorité Administratives Indépendantes*, études & documents n° 52, 2001, p. 280.

⁹ - J.Ch. Jobart, "Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages du droit", *Droit Prospectif*, n° 1, 2004, p. 54.

intervention change de nature : son rôle consiste à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble, régler les conflits; par la régulation, l'Etat se pose comme arbitre du jeu économique et non comme acteur ; tout en se bornant à poser les règles aux opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions¹⁰.

- La plupart des analystes lient la régulation à l'existence d'autorités de régulation. Et effectivement, la régulation appelle des autorités nouvelles, c'est à partir de leur existence que l'on s'est mis à parler de régulation¹¹.

Dans le domaine concurrentiel, plusieurs définitions, recevables sont retenues ; parmi lesquelles on note celles proposées par le professeur Marie-Anne Frison-Roche. Dans une première acception du terme, la régulation signifierait « *une technique d'intervention de nature politique dans un secteur qui le requiert parce que les intérêts de la nation sont en jeu* »¹². Dans une autre définition, la régulation correspondrait au moyen dynamique de passage sectoriel d'un système monopolistique à un système concurrentiel¹³. Enfin, la régulation devrait être considérée comme étant « *un moyen dynamique de maintenir les grands équilibres* » d'un secteur¹⁴. L'auteur propose au total cinq définitions qui ne peuvent être écartées, car il est certain que l'action des pouvoirs publics sur l'économie, le passage à un état concurrentiel comme le maintien des équilibres entre différents impératifs appellent un nouveau système vu que "l'interventionnisme" classique apparaît mal adapté et tant le jeu "naturel" du marché est clairement indésirable. En somme, la question qui se pose est bien de

¹⁰ -J. Chevallier, « L'Etat régulateur », *op.cit.*, d'autres encore définissent la régulation comme étant « Une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques. En d'autres termes, il s'agit de la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel », G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *A.J.D.A.*, 2006, p.347

¹¹ -G. Farjat, *Pour un droit économique*, Puf, Paris, 2004, p.115, Un auteur écrit à propos de la création des autorités de régulation qu' " On voit naître des institutions dont la structure est un défi aux conceptions juridiques contemporaines (...), Si elles durent, il faut bien que la doctrine révise ses idées générales et intègre l'existence de ces monstres dans une nouvelle explication de l'ordre social », B. Chenot, *Organisation économique de l'Etat*, Dalloz, 2e éd., 1965, p. 101.

¹² - M-A. Frison-Roche, « Les différentes définitions du droit de la régulation », in Colloque DGCCRF sur : *La régulation : monisme ou pluralisme ?*, LPA, n° 83, 1998,

p.5

¹³ - *Ibid.*

¹⁴ - *Ibid.*, p. 6

savoir si toutes ces définitions et fonctions caractérisent une « nouvelle branche du droit », qui serait le droit de la régulation¹⁵?

En droit algérien, le législateur adopte par effet de mimétisme les mêmes structures administratives de régulation que celles des pays occidentaux, tout en les vidant de toute leur substance originelle¹⁶ et, a fini par définir le terme régulation à l'article 3 de l'ordonnance relative à la concurrence¹⁷.

2. L'émergence de la notion de régulation en droit Algérien : entre mimétisme et créativité

Certains auteurs soutiennent que, la libéralisation des télécommunications et de l'ensemble des services publics de réseaux en Afrique, se fait en adoptant une coutume internationale en matière de libéralisation¹⁸. En effet, la bonne gouvernance¹⁹ passe, à en croire la doctrine des institutions internationales, par l'adoption, voire l'adaptation, pour les pays du tiers-monde, des standards internationaux de nature à assurer le passage d'une économie administrée à une économie libérale.

La coutume fait partie du droit international général, c'est-à-dire du droit composé de normes applicables à l'ensemble des sujets de l'ordre juridique international. Au-delà des courants qui convergent pourtant sur les composantes de la coutume²⁰, nous nous retiendrons que celle qui

¹⁵ - Cf. M-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », op.cit ; « Définition du droit de la régulation », op.cit ; s'opposant à une telle supposition, Cf. L.Boy, « Réflexion sur le droit de la régulation. (A propos du texte de M-A Frison-Roche) », *D*, 2001, 3031.

¹⁶ - Voir, R. Zouaïmia, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, p. 7.

¹⁷ - Le législateur Algérien a consacré pour la première fois de façon solennelle la notion de régulation, en définissant le terme, à l'article 3 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003, modifiée et complétée par loi n° 08-12 du 25 juin 2008, *JORA* n° 36 du 2 juillet 2008, modifiée et complétée par loi n° 10-05 du 15 août 2010, *JORA* n° 46 du 18 août 2010, comme étant : « toute mesure quelle que soit sa nature, prise par toute institution publique et visant notamment à renforcer et à garantir l'équilibre des forces du marché et le jeu de la libre concurrence, à lever les obstacles pouvant entraver son accès et son bon fonctionnement ainsi qu'à permettre l'allocation économique optimale des ressources du marché entre ses différents acteurs conformément aux dispositions de la présente ordonnance ».

¹⁸ - V. par exemple, I. Koumba, *Les télécommunications en Afrique : du sous-développement à la libéralisation économique*, Thèse, Paris 1, 1998, p. 201 et s.

¹⁹ - Selon le professeur ZOUAÏMIA Rachid, « Nouveaux modes de régulation et bonne gouvernance », Publication de l'équipe de recherche sur « la régulation à l'épreuve des impératifs de bonne gouvernance », Université de Bejaia, 2010., trois indicateurs essentiels permettent de mesurer le degré de bonne gouvernance : le processus de désignation des gouvernants ; la capacité de ces derniers à initier des politiques gouvernementales ayant trait à la qualité du service public et à la qualité de la réglementation et enfin, l'effectivité du respect que portent l'Etat et les citoyens aux institutions.

²⁰ - P.M Dupuy, *Droit international public*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 2006, p.323

résulte d'une prise de conscience, non pas unanime, mais largement majoritaire des membres de la collectivité (élément psychologique). Elle est également, l'expression d'une nécessité sociale ressentie par les membres de la communauté internationale qui les incite à agir d'une certaine manière (élément matériel).

Le droit des télécommunications en Algérie a certainement beaucoup appris des modèles étrangers de régulation qui ont été plus que des signes, des expériences, voire des étapes incontournables d'enseignement et d'organisation de véritables marchés concurrentiels des télécommunications.

Sous l'influence de la dimension institutionnelle, le rythme auquel se généralise habituellement la pratique coutumière, connaît une accélération sans précédent, fréquente et répétitive. L'exemple américain, de par le temps qu'il a pris, s'opposera à celui britannique, ou même à celui Français, bien que tous historiques, ils sont riches d'enseignements.

L'introduction de la concurrence dans les années 60 aux Etats-Unis, en commençant par le segment des liaisons longue distance et des réseaux de données, finira par le démantèlement définitif d'AT&T en 1982. La loi du 1^{er} février 1996 autorisera le décloisonnement entre les trois principaux marchés de la communication : téléphonie, vidéocommunication et les services de télécommunications longue distance²¹.

La libéralisation des télécommunications britannique commença en 1981 par le *British Telecommunications act* qui procéda à la séparation entre *British Telecom* et le *Post office* en même temps que le premier perdit l'exclusivité de la fourniture des terminaux. Il pausa également le principe de la concurrence entre opérateurs qui débutera avec l'entrée sur le marché de *MERCURY*. L'opérateur naturel ne sera privatisé qu'en 1984 après la vente de 50,2% de son capital. L'acte de 1984 mettra en place un organisme public indépendant : *office of telecommunications (OFTEL)* et ouvrira la téléphonie cellulaire à la concurrence de même qu'aux services à valeur ajoutée et la transmission par satellite.

Au niveau Européen, bien que les réformes du secteur ont commencés en 1987²², à partir de 1996, le mouvement s'accélère avec l'adoption de la

²¹ - La *Federal Communication Commission (FCC)*, agence administrative indépendante, est chargée d'assurer la régulation tant de l'audiovisuel que des télécommunications. Suite à l'ouverture de ce secteur, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix : le monopole public éclate inévitablement ; le service public doit être défini et trouver sa place, l'Etat, abandonnant sa fonction d'exploitant, doit préciser son rôle de régulateur. Voir, H. Maisl, « La régulation des télécommunications, changements et perspectives », *RFDA* 1995 p. 449 ; voir également sur ce sujet, E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, n° 4, Juillet-Aout 2004, p.757.

²² - Les réformes en Europe ont commencés en 1987 avec le livre Vert des télécommunications de la commission. C'est à l'initiative de la commission des

directive 96/19/CE²³ qui étend le domaine de la libéralisation aux services et infrastructures nécessaires, avec le règlement du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de la boucle locale²⁴ et avec la vaste réforme encadrée dans une série de directives prises en 2002 formant ce qui a été nommé le « *paquet télécom* »²⁵.

Dans cette perspective, la France - pris dans notre étude comme exemple privilégié dans le mesure où le législateur Algérien y puise la totalité des dispositions législatives et réglementaires régissant les télécommunications-, a opéré un spectaculaire bouleversement dans le système des télécommunications, d'une part en ouvrant à la concurrence l'ensemble des activités du secteur, téléphonie vocale comprise, d'autre part en transformant France Télécom (opérateur historique) en société de droit privé, dont le capital doit cependant être détenu en majorité par l'Etat²⁶. Et enfin, en créant une autorité de régulation des télécommunications.

Le législateur Algérien reprend, presque à la lettre, les dispositions du code de la poste et des télécommunications français pour libéraliser, réguler et développer le secteur. Le même constat peut être fait à propos de beaucoup de textes en matière économique. En effet, Si le droit administratif constitue l'un des principaux supports au phénomène du mimétisme juridique, le droit économique en offre l'image, le prototype de réalisation dans la mesure où sa projection –isolée des autres composantes de la personnalité d'une société- est un terrain propice pour concevoir le

communautés européennes et dans un contexte international particulièrement favorable, notamment marqué par l'abandon des théories économiques traditionnelles du monopole naturel, que les activités de télécommunications ont été progressivement ouvertes à la concurrence.

²³ - Directive 96-19/CE de la commission européenne, du 13 mars 1996 relative à la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *JOCE*, n° L.74, du 22 mars 1996.

²⁴ - Règlement CE n° 288-2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000, relatif au dégroupage de la boucle locale, *JOCE*, n° L.336 du 30 décembre 2000.

²⁵ - L'expression « paquet télécom » désigne un ensemble de sept textes européens destinés à poser des règles communes pour la réglementation et la régulation des réseaux dits de « communications électroniques », à savoir les réseaux des télécommunications et les réseaux audiovisuels. Pour les télécommunications plus précisément, cinq directives ont été adoptées : une directive cadre (2002-21/CE) et quatre directives spécifiques : « autorisation » (2002-20/CE), « accès » (2002-19/CE), « service universel » (2002-21/CE) et « concurrence » (2002-77/CE), *JOCE*, n° L.108, 24 avril 2002, p.37

²⁶ - L. Rapp, « France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid », *AJDA*, 2004, p. 579 ; J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », *RFDA*, n° 5, 1996, p. 909 et s ; H. Maisl « La nouvelle réglementation des télécommunications », *AJDA*, n° 10, 1996, p. 762 et s

modèle de développement sans les conditions sociales qui l'entourent²⁷. Néanmoins, la reproduction, par le législateur, des standards internationaux en matière de libéralisation et de régulation économique, est à forte raison justifiée par l'internationalisation des échanges économiques et le développement des technologies de communications et de l'information²⁸. Le professeur Rachid ZOUAÏMIA écrit, à propos du mimétisme des AAI « *on assiste à la réception de l'ordre libéral au moyen de l'importation de technologies juridiques "clé en mains". Les pouvoirs publics ne s'arrêtent pas aux règles matérielles ; l'ordre juridique interne est également envahi par les organes et institutions chargées d'en assurer l'application. Ainsi, les AAI sont nées en Algérie par suite d'un phénomène de macro-mimétisme* »²⁹, à savoir le recours à l'adoption chez soi d'un modèle étranger complet, du cadre d'un système (...) choisi à cet effet, ainsi que son contenu (fonctionnement réel), c'est-à-dire d'un tout distinct et fermé »³⁰. Toutefois, le législateur opère un mimétisme sélectif³¹ dans la mesure où, tantôt il vide une institution imitée, de toute sa substance originelle³² ; tantôt il complète un régime imité par des dispositions conduisant à des situations illogiques³³.

²⁷ - Il est indéniable que le cadre juridique et institutionnel Algérien est marqué par de nombreuses ressemblances et similitudes avec le régime français. Au lieu d'y voir une spécificité de l'Algérie, le mimétisme, ou ce que l'on qualifie de tel, est ou est devenu à cette époque de mondialisation un aspect d'un phénomène d'une plus grande ampleur et complexité avec lequel on l'a confondu, celui de la standardisation politique et institutionnelle. Voir, J-D-B Du goudusson, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Rev. Pouvoirs*, n°129, 2009, p. 45.

²⁸ - Sur la question du mimétisme en droit Algérien, voir A. Hamrouchi, *Le droit Algérien : entre mimétisme et créativité*, Thèse, Nice, 1990.

²⁹ - R. Zouaïmia, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, p. 17

³⁰ - G. Langrod, « Genèse et conséquence du mimétisme en Afrique », *RISA*, 1973, p.21, cité par R. Zouaïmia, *Ibidem*.

³¹ - Les autorités imitées sont bien des autorités administratives indépendantes, mais que le législateur Algérien, semble répugner ce qualificatif ; pour les différentes AAI créés en Algérie, plusieurs qualificatifs ont pu être utilisés : il s'agit des notions d'organisme indépendant, d'institution, d'autorité administrative, d'autorité de régulation indépendante ou encore d'autorité administrative autonome.

³² - Par exemple, le Conseil de la concurrence est, d'une part qualifié par la loi d'autorité administrative autonome et, d'autre part, placé auprès du ministère chargé du commerce. Art. 23de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, tel que modifié par loi n° 08-12, *op.cit.* Alors qu'en France, l'autorité de Concurrence est qualifiée expressément « *d'autorité Administrative indépendante* »

³³ - Outre la transgression du principe constitutionnel de la hiérarchie des normes juridiques, la transposition mécanique du droit français dans l'ordonnancement juridique interne comporte des risques démesurés.

En somme, si le législateur consacre la notion d'autorités administratives indépendantes et, par là-même, la notion de régulation³⁴, le doute est permis quant à l'ancrage de ces notions dans un Etat professant une culture administrative centralisatrice.

En tout état de cause, la notion de régulation existe bien en droit algérien. Faudrait-il encore qu'elle réponde à certains objectifs.

B/ Les objectifs de la régulation sectorielle dans les télécommunications

La régulation sectorielle répond à deux objectifs essentiels ; l'organisation concurrentielle et équitable du marché(1), et la préservation des missions de services public dans un environnement concurrentiel (2).

1/ L'organisation équitable du marché

Le rôle de cette régulation sectorielle dans le domaine des télécommunications est complémentaire de celui de l'exercice du droit général de la concurrence : alors que celui-ci veille *ex-post* à la bonne marche de la concurrence³⁵, la régulation est là pour créer *ex-ante* les conditions de son émergence, notamment en procédant à l'attribution de licence aux opérateurs, en contrôlant les accords d'interconnexion, en assurant le maintien et le financement des missions de service public³⁶. Dans ce cadre, le législateur a procédé à la modification des modes d'accès au service des télécommunications en abandonnant le monopole au profit du marché et à la libre concurrence.

Les licences de téléphonie mobile et fixe attribuées aux opérateurs privés, en constituent le mode le plus libéral, dans la mesure où une procédure d'enchère est organisée par les pouvoirs publics, et à l'issue de laquelle, une convention d'investissement dans le domaine des télécommunications est signée entre l'Etat et l'investisseur³⁷. Ensuite, un cahier des charges, fixant l'ensemble des conditions techniques ainsi que

³⁴ - Art. 3 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence telle que modifiée en 2008, *op.cit*,

³⁵ - Ordonnance n°03-03 du 19-07-2003 relative à la concurrence, *JORA* n°43 du 20-07-2003, modifiée et complétée par la loi n°08-12 du 25-06-2008, *JORA* n° 36 du 02-07-2008

³⁶ - Voir, R. Zouâmia, « De l'articulation des rapports entre le conseil de la concurrence et les autorités de régulation sectorielles en droit Algérien », Communication au colloque national sur les autorités de régulation en matière économique et financière, Université de Bejaia, les 23 et 24 mai 2007, Recueil des actes, Université de Bejaia ; Voir également, N.CURIEN, « Libéralisation des télécommunications en Europe », in, *Concurrence et service public, Textes des conférences Jules Dupuit*, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 353-366.

³⁷ - Voir par exemple, Convention d'investissement du 5 août 2001 entre l'Etat Algérien et Orascom Télécom Holding SAE agissant au nom et pour le compte de Orascom Télécom Algérie., la convention est annexée au décret exécutif n° 01-416 du 20 décembre 2001 portant approbation de la convention d'investissement signée entre l'agence de promotion, de soutien et de suivi des investissements "APSI" et Orascom Télécom Algérie, *JORA* n° 80 du 26 décembre 2001.

les obligations que l'investisseur doit respecter, est annexé au décret attribuant la licence³⁸.

En outre, un régime d'autorisation³⁹ est institué pour l'établissement et l'exploitation de réseaux privés empruntant le domaine public, y compris hertzien ; les réseaux utilisant les capacités louées à des opérateurs titulaires de licences et enfin, les services de fourniture d'accès à Internet y compris le transfert de la voix sur Internet⁴⁰.

Poursuivant le même objectif - l'ouverture des services des télécom à l'initiative privée-, le législateur use de techniques encore plus libérales que les précédentes. Le régime de la simple déclaration - censée apporter un surcroît de dynamisme au marché-, repris du droit français⁴¹, pour favoriser l'accès aux services soumis à cette technique⁴².

Enfin, il subsiste encore un régime fort ancien dans la pratique administrative, reconduit par le législateur dans le secteur des télécoms, c'est celui de l'agrément⁴³. L'agrément est ici, juste un instrument destiné pour agréer les équipements terminaux et les installations radioélectriques. L'autorité de régulation n'est pas la seule habilitée à délivrer l'agrément ;

³⁸ - V. Art. 2 du décret exécutif n° 01-123 du 9 mai 2001, relatif au régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, *JORA* n° 27 du 13 mai 2001, modifié et complété par le décret exécutif n° 04-157 du 31 mai 2004, *JORA* n°35 du 2 juin 2004 ; Voir, le cahier des charges de la licence attribuée à Algérie-Télécom, annexé au décret exécutif n° 02-186 du 26 mai 2002 portant approbation, à titre de régularisation, de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, *JORA* n° 38 du 29 mai 2002.

³⁹ - Art. 39/1 de la loi 2000-03, op.cit ; voir également l'article 3 Décret exécutif n° 01-123 du 9 mai 2001, relatif au régime d'exploitation applicable à chaque type de réseaux, y compris radioélectriques et aux différents services de télécommunications, (modifié et complété), op.cit.

⁴⁰ - Les autorisations sont attribuées par l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications.

⁴¹ - En France, le régime des autorisations est remplacé par la simple déclaration. L'expression " autorisation " est remplacée par l'expression " déclaration ", modifiant la rédaction de l'article L.32. 1 du code de la poste et de communications électroniques, aux termes duquel, les activités de télécommunications s'exerceront désormais librement dans le respect des déclarations prévues au nouveau CPCE. Une solution plus libérale qui devait apporter un surcroît de dynamisme au marché. V. Rapport annuel d'activité de l'ARCEP pour 2007, www.arcep.fr/

⁴² - Les services soumis à la simple déclaration sont énumérés limitativement par le décret exécutif n° 01-123 cité ci-haut ; il s'agit : des services à valeur ajoutée comme la messagerie vocale ; le télex ainsi que la mise en place de transmission de signaux de télécommunications.

⁴³ - Art. 28 *in fine* et l'article 41 de la loi 2000-03, op.cit.

elle est concurrencée par des laboratoires d'essais et mesure dûment agréés par l'ARPT⁴⁴.

La régulation sectorielle répond à un autre objectif fondamental, celui de la préservation des missions de service public dans un environnement concurrentiel.

2/ La préservation des missions de service public dans un environnement concurrentiel

La loi sur les télécommunications ne comporte pas de définition de service public des télécommunications, en revanche l'article 8§18 de cette loi qui a trait au service universel, pose les critères de définition du service public communément admis par la doctrine. Le texte prévoit que « *Service universel des télécommunications : la mise à la position de tous d'un service minimum (...) et ce, dans le respect des principes d'égalité, de continuité, d'universalité et d'adaptabilité* »⁴⁵.

Toutefois, les deux concepts "*service universel et service public*", sont largement différents. Le service public se préoccupe des discriminations tarifaires entre usagers, il les provoque éventuellement dans un but de péréquation, pour favoriser l'accès du plus grand nombre au service et compenser les inégalités de fond. Alors que le service universel vise l'accès de tous en s'efforçant d'obtenir un prix de service accessible à tous, quelle qu'en soient les ressources de chacun⁴⁶. On remarque donc, le passage du service public au service universel, qui doit être satisfait désormais par des opérateurs privés, dans un climat de concurrence.

Le service universel est un moyen de protection de l'intérêt général, il n'en demeure pas moins l'instrument du marché. Le financement de ce service ne dépend plus de l'Etat ; il est tout d'abord financé par le prix payé par les usagers. A ce prix, s'ajoute toutefois un financement complémentaire, prévu par le décret exécutif fixant le contenu du service universel, les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement ; par les opérateurs du marché et ce, pour compenser le surcoût qui pèse sur l'opérateur chargé de gérer ce service⁴⁷.

⁴⁴ - Art. 41 § 3 de la loi 2000-03, *op.cit*

⁴⁵ - Voir pour les définitions de ces critères, A-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, PUF, Paris, 1991, C. Martinand & J-H. Lorenzi, *La régulation des services publics- concilier équité et efficacité*, Rapport officiel, éd. ESKA, Coll. Rapports officiels, 1995.

⁴⁶ A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : Télécommunications et électricité*, L.G.D.J, Paris, 2002, p.249

⁴⁷ - Décret exécutif n° 03-232 du 24 juin 2003, fixant le contenu du service universel des postes et des télécommunications et les tarifs qui lui sont appliqués et son mode de financement, *JORA* n° 36 du 29 juin 2003, modifié et complété par décret exécutif n° 09-310 du 23 septembre 2009, *JORA* n°55 du 27-09-2009. Le montant du service universel est proposé par l'ARPT, Voir, l'article 13 de la loi 2000-03, *op.cit* ; en outre, cette loi, prévoit la création d'un fond de financement "de service universel" ; ce fond

Dans tous les secteurs, la libéralisation a consisté à restreindre le champ du monopole en premier lieu, et l'introduction de la concurrence ensuite. Le pilotage de la concurrence est donc un trait commun à toutes les régulations, mais les modalités en sont diverses.

L'introduction de la concurrence se traduit bien par la mise en place de nouvelles réglementations, de nature différente de celles qui préexistaient. On a affaire à une modification profonde des modalités d'intervention d' l'Etat, ou en d'autres termes à la mise en place de nouvelles formes de régulation publique.

Lorsque le réseau des télécommunications était organisé en monopole, l'Etat agissait comme tuteur de ce monopole. Il veillait à ce que son prix ne fût pas excessif, à ce que sa performance économique fût satisfaisante et à ce que les missions de service public fussent correctement assurées (égalité, continuité et adaptabilité aux changements).

Lorsque la concurrence est introduite, le mode d'intervention de l'Etat se complique nécessairement. Certes les pouvoirs publics continuent à remplir certaines missions qui existaient déjà : en particulier, ils doivent toujours exercer un contrôle sur les segments d'activité qui reste en monopole. Mais surtout, ils doivent remplir des fonctions nouvelles. L'Etat doit garantir en même temps que le marché concurrentiel nouvellement créé, est équitablement organisé et que les missions de services public sont bien assurées⁴⁸. C'est ce point qui concentre les principaux enjeux de la régulation des services publics en réseaux. L'article 4 de la loi 2000/03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications prévoit cette fonctions nouvelles de l'Etat en disposant que « Dans le cadre des prérogatives attachées à ses missions générales, l'Etat veille, notamment :

- (...)

- A la continuité et à la régularité des services offerts au public

- Au respect des règles d'une concurrence loyale entre les opérateurs et à l'égard des usagers (...) ».

Cet article indique clairement que l'Etat s'attache aux anciennes missions de service public, mais dans un climat concurrentiel.

En outre, dans son rapport annuel pour 2003, l'autorité de régulation de la poste et des télécommunications explique que "l'Etat a du partager le marché postal avec des opérateurs privés sans renoncer à sa mission de service public qui est définie dans le nouveau concept de service universel"

à le double mérite de favoriser la concurrence dans la mesure où il rend possible une pluralité d'opérateurs sur le marché et de confier la gestion des mécanismes compensatoires à un organisme indépendant et non à un opérateur impliqué lui-même dans la concurrence.

⁴⁸ - J. Bergounoux, *Rapport public : Services publics en réseaux : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Avril 2000, p. 206 et s.

ou encore que "le processus de libéralisation du secteur postal ne devrait en aucun cas négliger l'aspect de service public qu'il revêt et son importance pour la société". Enfin, "dans toutes les activités de l'ARPT, les besoins spécifiques des consommateurs vont de pair avec la notion de service public dans le secteur de la poste et des télécommunications"⁴⁹.

L'introduction de la concurrence entraîne des remises en cause du service public des télécommunications : celle de la position de l'Etat - actionnaire et celle de l'Etat -opérateur.

- Dans la première, le rôle de l'Etat voit ses prérogatives de puissance publique considérablement limitées, car dorénavant exercées par une entreprise publique (Algérie Telecom : SPA). Ceci se traduit par la réduction de son engagement financier -surtout si cette entreprise ouvre prochainement ses capitaux aux privés-, ce qui par conséquent change, de fait ou de droit, le statut juridique de cet opérateur. Du fait d'une éventuelle ouverture du capital d'Algérie Télécoms, l'Etat perdra un pouvoir dans la gestion qui va relever prioritairement des impératifs du marché concurrentiel, et accessoirement de ceux de service public⁵⁰.

- La deuxième remise en cause, est celle qui consiste en la séparation des activités d'exploitation et de régulation de l'Etat -opérateur. Désormais les missions de l'ancienne entreprise publique monopolistique sont limitées à l'exploitation alors que les missions de régulation sont confiées à l'ARPT sur la base d'une critique de la régulation classique. La justification de cette séparation confirme cette logique. Elle constitue non seulement un gage d'efficacité mais aussi une garantie, en particulier pour les nouveaux opérateurs afin que le marché concurrentiel ne soit pas biaisé par un Etat qui serait enclin à favoriser l'opérateur historique qui lui est encore lié, en respectant des critères d'objectivité, de transparence et de non discrimination. Celui-ci ne pourrait être à la fois « juge et partie » : « *l'Etat ne saurait demeurer l'actionnaire majoritaire du service de télécommunications et prétendre en même temps faire respecter la loi du marché avec toute l'impartialité requise* »⁵¹ ; pour assurer la crédibilité de la fonction de régulation et donner confiance aux investisseurs, il était utile de séparer les deux rôles.

Au-delà des missions de service public *stricto sensu*, l'Etat doit veiller aux intérêts des consommateurs qui, en cas, de réformes importantes, doivent bénéficier des gains d'efficacité obtenus et se voir garantir une

⁴⁹ - ARPT, *Rapport 2003*, www.arpt.dz/

⁵⁰ - Algérie Télécom, est une entreprise publique économique ; soumise aux règles de droit commercial. Elle reste toutefois soumise aux règles publiques s'agissant des ses biens, ses marchés et la moitié de son personnel. V. www.algeriatelecom.dz

⁵¹ - F-F. Lissouck, « La régulation des services publics en réseau : réflexion sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public », *RRJ*, n°2, 2005, pp. 840-865.

prestation de qualité. Les interventions publiques nécessaires lorsque la concurrence est introduite, peuvent se classer en grande catégories : harmoniser, promouvoir une concurrence équitable en garantissant les missions de service public, défendre les intérêts des consommateurs⁵². Les tâches concrètes que recouvrent ces caractérisations très générales, sont en pratique nombreuses et variées : création de normes, attribution de licences et autorisations à des opérateurs, attributions de biens rares telles que les fréquences de télécommunications, contrôle des tarifs finals et de tarifs d'interconnexion, gestion de fonds ou de dispositifs tarifaires liés aux missions de service public⁵³. C'est bien un ensemble complexe et cohérent de règles du jeu qu'il est nécessaire de définir et de mettre en œuvre.

Il est toutefois pertinent d'affirmer que, la concurrence pratiquée dans le secteur est à ses balbutiements dans la mesure où, les infrastructures essentielles du secteur demeurent propriétés de l'Etat par le biais de l'opérateur historique, freinant ainsi l'accès des opérateurs alternatifs à la boucle locale.

II- De l'inexistence d'une concurrence effective sur les télécommunications ?

Après dix ans de régulation du secteur, il est aisé d'affirmer que les pouvoirs publics freinent l'essor d'une véritable concurrence dans le secteur des télécommunications et, en conséquence, privent le consommateur des dernières évolutions technologiques réalisées dans le domaine. Cette affirmation est appuyée par le constat d'une forte dépendance de l'ARPT du pouvoir exécutif⁵⁴ ; dépendance qui l'empêche de se développer et en conséquence, d'innover, en donnant avis ou proposition au gouvernement au sujet d'une véritable ouverture du secteur à la concurrence. En effet, l'hésitation de l'Etat à dégroupier la boucle locale de l'opérateur historique (A), facilitant encore le processus de l'interconnexion (C) éloigne tout discours sur l'accès des opérateurs alternatifs aux infrastructures essentielles (B).

A- La problématique de la boucle locale : à quand son dégroupage ?

Sur le plan technique, *« la boucle locale peut se définir comme la composante locale d'un réseau de télécommunications qui relie l'abonné au commutateur auquel il est rattaché. De façon plus concrète, elle représente l'ensemble des infrastructures techniques (fils de cuivre, câbles*

⁵² - J. Bergounoux, *Rapport public : Services publics en réseaux...*, *op.cit*, p. 210.

⁵³ - Voir, les articles 5, 6 et 7 de la loi fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *op.cit*

⁵⁴ - Sur cette question, voir, N. BERRI, « Le règlement des différends devant l'ARPT », Actes du Colloque national sur les ARI dans le domaine économique et financier, Béjaia, 2007, p. 34 ; « La régulation des services publics en réseaux : le cas des télécommunications », *Revue académique de recherche juridique*, Université de Béjaia, n° 02, 2010, p. 13

coaxial, liaison radio, fibres optiques etc.) qui permettent aux opérateurs de raccorder l'abonné à leur propre réseau »⁵⁵.

La boucle locale constitue un enjeu économique majeur au moment où l'Internet, le commerce électronique et les services avancés sont en pleine expansion et où la technologie des systèmes ADSL suscite un regain d'intérêt pour la boucle locale « cuivre »⁵⁶.

A l'heure actuelle, aucune disposition législative et réglementaire ne fait référence à la boucle locale. Toutefois, l'ouverture de la boucle locale par la technique du dégroupage⁵⁷, si l'on croit les propos du Ministre de la poste et des technologies de l'information et de communications, est prévue dans un nouveau texte complétant la loi 2000-03, actuellement au niveau du Conseil du Gouvernement⁵⁸. En effet, Algérie Télécom ne peut pas tout prendre en charge. A terme, elle doit se spécialiser dans sa mission d'être l'opérateur des opérateurs. Qu'elle se décharge de la prise en charge des besoins des citoyens à travers des ISP ou d'autres intervenants, comme elle doit développer son réseau haut débit et assurer la connexion à ces

⁵⁵ - Définition de l'ART (France), *Télécoms : mode d'emploi*, Janvier 1999, citée par C. Estryng & C. Guerrier, « La boucle locale de télécommunications : un enjeu pour le droit de la concurrence », *LPA* n° 236, 2000, p.4.

⁵⁶ - La boucle locale a été entièrement réalisée par les PTT et elle est la propriété d'Algérie Télécom. Elle est essentielle aux opérateurs cherchant à s'implanter soit sur le marché des communications local (services bas débit), soit sur le marché de l'Internet (services haut débit).

⁵⁷ - Le dégroupage de la boucle locale consiste pour un opérateur de réseau à désolidariser les différentes parties de la composante du réseau pour qu'elles puissent être utilisées séparément par les autres opérateurs concurrents en vue d'offrir à leurs clients une gamme de services. L'opérateur demandeur pourra installer ses propres équipements dans les locaux techniques de l'opérateur historique et utiliser les lignes du réseau de ce dernier pour raccorder ses propres clients. L'accès peut se traduire par la mise à disposition de la totalité de la ligne ou par un partage de la ligne en haut et bas débit. Le dégroupage permet aux opérateurs alternatifs de bénéficier d'un accès « direct » à l'utilisateur final par l'intermédiaire du réseau déjà existant (propriété de l'opérateur historique) Voir, M. Lombard, « L'accès dégroupé à la boucle locale », in, *Les entretiens de l'autorité (ART France)* du 23 mars 1999, p. 7. L'intérêt de l'opération de dégroupage est d'éviter la duplication des infrastructures téléphoniques tout en permettant le développement effectif de la concurrence. Voir, E. Prada-Bordenave, « L'annulation d'une décision de l'autorité de régulation des télécommunications en matière de tarifs de dégroupage de la boucle locale, et ses conséquences », *RFDA*, Juillet-Août 2005, p.802.

⁵⁸ - Le ministre affirme que le nouveau texte prévoit le dégroupage de la boucle locale pour des impératifs de promotion de la concurrence et dans la perspective de donner la possibilité à d'autres acteurs pour investir sur la boucle locale pour offrir des services à haute valeur ajoutée. Voir, les propos du Ministre, « La nouvelle loi va soulager Algérie Télécom dans la couverture du pays en services TIC », *Le quotidien d'Oran*, 18 janvier 2012

opérateurs⁵⁹. L'intérêt pour ces derniers étant de ne pas devoir déployer tout un réseau téléphonique dans le pays ce qui représente un investissement gigantesque⁶⁰.

Au niveau européen, un règlement communautaire du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale reconnaît aux opérateurs entrants le droit d'utiliser, de manière exclusive ou partagée, le dernier tronçon du réseau de télécommunications des opérateurs historiques et ce, afin de fournir des services aux clients locaux⁶¹. Ce règlement, qui fait suite au premier train de mesures de libéralisation des réseaux de télécommunications, constitue une mesure ambitieuse ; l'enjeu n'est plus d'autoriser les opérateurs alternatifs à construire et exploiter leurs propres infrastructures de télécommunications, mais de leur reconnaître le droit d'utiliser de manière exclusive ou partagée la boucle locale de cuivre de l'opérateur historique.

Au niveau international, l'OMC joue un rôle prééminent. La boucle locale est en phase avec l'annexe au G.A.T.S sur les télécommunications de base. C'est d'abord aux Etats-Unis que la boucle locale est devenue un enjeu dans le cadre de la concentration entre entreprises de télécommunications. Le dégroupage est rendu obligatoire par le *Telecommunications Act* de 1996. Mais dans les faits, la mise en œuvre de ces dispositions a donné lieu à de nombreux contentieux à tous les niveaux des juridictions américaines⁶².

L'accès des opérateurs alternatifs à la boucle locale suppose, d'une part, la conclusion d'un contrat avec l'opérateur historique et, d'autre part, la possibilité d'implanter leurs équipements à proximité d'un répartiteur principal de l'opérateur.

Bien entendu, l'accès à la boucle locale, comme dans le cas de l'interconnexion⁶³, est subordonné à la conclusion d'une convention entre

⁵⁹ - L'un des grands intérêts du dégroupage, n'est pas la fourniture d'Internet en soit, mais tous les services qui viennent avec l'Internet. On parle alors d'offres triple-paly alliant l'Internet, téléphonie et télévision numérique au même temps.

⁶⁰ - La duplication du réseau fixe d'Algérie Télécom ne peut sérieusement être envisagée par les opérateurs concurrents en raison du coût d'investissement initial élevé du fait de la nécessité de travaux importants de génie civil ; coûts essentiellement supportés par les pouvoirs publics et donc par les contribuables, ainsi qu'en raison de coût unitaires par ligne trop élevé par rapport à ceux de l'opérateur historique.

⁶¹ - Règlement CE n° 2887/2000 du Parlement et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale *JOCE* du 30 décembre 2000, entré en vigueur le 2 janvier 2001, cité par, C. Nzaloussou, « Les vicissitudes de l'accès dégroupé à la boucle locale en Europe : le cas de la France, de l'Espagne et de la Belgique », *LPA* n° 201, 2001, p. 4.

⁶² - Voir, A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité*, op.cit, p. 185.

⁶³ - V. *supra*.

l'opérateur historique et le nouvel entrant dont les clauses essentielles doivent figurer dans une offre de référence. Cette offre de référence, qui sera élaborée par l'opérateur historique, sous le contrôle de l'autorité de régulation, doit préciser, entre autre, la tarification de l'accès à la boucle locale en prenant en compte les principes de la transparence, la non – discrimination et l'objectivité, en d'autres termes, l'orientation des tarifs vers les coûts. Cela suppose préalablement l'élaboration de principes et modalité d'évaluation des coûts d'accès à la boucle locale. La pertinence des coûts, c'est-à-dire la forme de causalité directe ou indirecte à l'accès à la boucle locale, doit ainsi participer à la promotion de la concurrence entre opérateurs, sans décourager leurs investissements dans les infrastructures locales.

Une fois la boucle locale dégroupée, faudrait-il encore reconnaître à l'autorité de régulation le droit d'imposer les modifications de l'offre de référence d'accès à la boucle locale ainsi que la sanction de la violation du droit applicable en la matière⁶⁴.

Le dégroupage est justifié notamment par les avantages maximaux pour les utilisateurs finaux tels que, la baisse des prix des communications et par leur accès aux services avancés de télécommunications. Ainsi, le retard observé contribue incontestablement à freiner l'économie des nouvelles technologies ; le marché du haut débit en souffre.

L'échec de l'introduction de la 3G devant servir d'exemple ; il convient d'éviter le retrait des opérateurs du marché⁶⁵. L'autorité de régulation et, en cas de carence, le gouvernement doivent veiller à l'ouverture effective de la boucle locale de manière équitable. C'est certainement dans ces conditions que les utilisateurs finaux pourront effectivement profiter de cette technologie et des potentialités offertes en matière de haut débit, notamment pour le développement du commerce électronique.

Enfin, le développement du marché algérien n'étant pas acquis, les nouveaux opérateurs auront intérêt à développer des stratégies commerciales afin de se positionner sur ce marché face à l'opérateur historique. Mais il convient dès à présent d'éviter l'éviction de la concurrence et le maintien d'un monopole de fait sur ce marché porteur.

⁶⁴ - Aussi, il faudrait nommer au sein de l'autorité de régulation des experts indépendants en la matière vu la complexité technique du domaine. L'expertise dans ce domaine permettra à l'autorité d'être audacieuse dans la prise de décision et le courage, en tant que gardien de l'ordre concurrentiel dans le domaine, de s'impliquer aux cotés des opérateurs, à la promotion de cet ordre. Ainsi, le régulateur doit pouvoir assurer l'accès des nouveaux opérateurs sans toutefois fragiliser la situation de l'opérateur historique.

⁶⁵ - Voir par exemple, décision de l'ARPT concernant le retrait collectif d'autorisations de la fourniture des services Internet au public. Décision n° 06, 2010, www.arpt.dz

Une fois la boucle locale est dégroupée ; il sera certainement pertinent d'évoquer la question des infrastructures essentielles⁶⁶ avec l'appui desquelles, la concurrence atteindra un niveau suffisant. La boucle locale représente une de ces infrastructures essentielles à laquelle, l'opérateur historique interdit tout accès. Pour comprendre cette affirmation, nous avons jugé pertinent d'étudier la notion des d'infrastructures essentielles, appelée également facilités essentielles, qui est, à l'heure actuelle inconnue du droit algérien

B- La Théorie des infrastructures essentielles : l'inconnue du droit sectoriel algérien

Au carrefour du droit et de l'économie, la théorie des infrastructures essentielles⁶⁷, a été une réponse originale et paradoxale permettant d'atteindre des objectifs d'ouverture de marchés à la concurrence ou de partage bénéfique de ressources limitées. Née dans les industries de réseaux aux Etats-Unis, la théorie des infrastructures essentielles est fondée sur le *Sherman Act* américain de 1890 condamnant les pratiques concertées et les monopoles restreignant le libre commerce entre Etats⁶⁸. Elle a ensuite été consacrée en droit communautaire sur le fondement de l'article 82 du Traité des Communautés Européennes proscrivant l'exploitation abusive d'une position dominante sur un marché. Elle repose sur le principe selon lequel « *le détenteur d'une infrastructure commet un abus de position dominante s'il refuse l'accès à cette infrastructure lorsque (cette dernière) conditionne l'accès au marché* »⁶⁹.

⁶⁶ - En l'état actuel des choses, la boucle locale peut être qualifiée d'infrastructure essentielle.

⁶⁷ - Issue du droit de la concurrence Américain, la notion d'*essential facilities* se trouve traduite en français par les expressions de facilités, d'infrastructures ou encore de ressources essentielles.

⁶⁸ - Appliquée pour la première fois dans l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis « *Terminal Railroad* » de 1912. Le consortium du même nom contrôlait un nœud ferroviaire à Saint-Louis et par là même les entrées et sorties de la ville. Il a été jugé qu'il fallait admettre des tiers concurrents au consortium, ou bien le dissoudre. Voir sur cette question, « La notion d'infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle », *La lettre de l'ARCEP*, Janvier/ février 2008, p. 21.

⁶⁹ - Pour l'application de la théorie, la CJCE énonce trois conditions principales à savoir ; l'utilisation de la facilité essentielle doit être indispensable pour permettre aux tiers d'exercer leur activité sur le marché dérivé ; le détenteur de la facilité essentielle doit ensuite avoir refusé sans raison valable cette utilisation aux entreprises opérant sur le marché dérivé et, enfin, le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence sur le marché dérivé. V. *CJCE*, 6 avril 1995 (affaire *Magill*), cité par, M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, "la théorie des facilités essentielles" », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 119, 2001, p. 37. La cour ajoute deux conditions nouvelles sur l'application de la théorie en droit de propriété intellectuelle qui sont, la condition d'absence de substitut réel ou potentiel pour l'exercice de l'activité sur le marché car, en droit de la concurrence général, on est en présence d'une facilité

La théorie a ensuite été reprise en droit français en 1997, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, à propos d'un Hélicopter⁷⁰.

Dans le domaine des télécommunications, la Cour d'appel de Paris a jugé, dans son arrêt rendu le 1^{er} septembre 1998, « SFR contre France Télécom », que "le fichier des abonnés au service public de téléphone constitue pour France télécom une facilités essentielles", elle a en outre, - dans une autre affaire, ordonné à France Télécom de communiquer l'intégralité de ses listes d'abonnés (considérées comme facilité essentielle) à un concurrents, en estimant qu'aucune raison tirée de la protection du service public ne s'y opposait⁷¹.

En somme, faut-il le rappeler, que la facilité en question soit indispensable à l'activité de l'opérateur qui en réclame l'accès, et qu'il serait impossible de la reproduire par des moyens raisonnables, du fait de contraintes techniques, juridiques et financière⁷².

essentielle lorsqu'il y a impossibilité ou quasi-impossibilité de reproduire de manière raisonnable l'infrastructure, c'est la condition d'absence d'alternative., la deuxième conditions nouvelle est celle de l'interdiction de l'apparition sur le marché dérivé d'un produit nouveau correspondant à une demande virtuelle du consommateur. V. B. Edelman, « L'arrêt Magill : une révolution ? », *D.* 1996, p. 19 ; J-B. Blaise, « L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installation essentielles" », *Dalloz affaires*, 1996, p. 859. Voir également sur l'application de la théorie en droit de la propriété intellectuelle, M. Ranouil, *La théorie des facilités essentielles et le droit de la propriété intellectuelle*, Mémoire de DESS de propriété industrielle, Université Paris 2, 2004.

⁷⁰ - Dans l'affaire soumise à son jugement, la Cour d'appel de Paris considère que « *Les ressources essentielles désignent des installations et équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables* ». CA de Paris, Hélicopter assistance, 9 septembre 1997. Globalement, les infrastructures peuvent être très diverses et très différentes et ce, en fonction du secteur considéré. Il peut ainsi s'agir d'un port, d'un hélicopter ou d'un tunnel (ex. tunnel sous la manche en France), il peut s'agir également de réseau de distribution, de droit de propriété intellectuelle voire industrielle ou encore, dans le domaine des télécommunications, d'équipements corporels (une ligne téléphonique, filaire ou hertzienne) ; ou une zone de stockage de gaz dans le domaine gazier. Il peut donc s'agir d'une infrastructure immobilière, d'un équipement, d'un produit ou d'un service. De surcroît, ces mêmes infrastructures peuvent, selon une casuistique bien déterminée, être ou ne pas être qualifiées d'essentielles. Car ce qui importe ici, ce n'est pas la nature ou la qualification juridique de l'infrastructure concernée (meuble, immeuble, produit, service etc.), mais bien davantage l'utilisation qu'en fait son propriétaire sur le marché. Voir, S. Martin & F. Levilain, « L'application de la théorie des « facilités » essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz », *Gaz. Pal.* n° 297, 2002, p. 4.

⁷¹ - CA Paris, CMS c/ France Télécom, *Rev. Europe*, Avril 1994, p. 13.

⁷² - CA Paris, 29 juin 1998, *Suez-Lyonnaise des eaux*, *B.O.C.C.R.F.* 16 juillet 1998, p.393, dans cette affaire, quatre communes d'Ile-de-France sont alimentées en eau potable par la société SLE sur la base de contrats d'affermage arrivant tous à échéance en 1997. L'eau fournie aux habitants provient d'installations de production, de transport

La notion des infrastructures essentielles est donc essentiellement d'origine jurisprudentielle. En droit algérien, il n'y est fait référence à cette notion que de façon illusoire quand les textes évoquent le partage des infrastructures de télécommunications mais, aucunement de l'accès à ces dernières⁷³. Pourtant, pour développer une concurrence loyale sur le marché, l'Etat doit veiller à l'accès équitable à l'infrastructure essentielle qui constitue la base ou le point de départ du processus concurrentiel dans le secteur.

Pendant, la question prédominante reste de savoir pour qui l'infrastructure est essentielle. Il ne s'agit pas de déterminer si un avantage possédé par un concurrent est nécessaire aux autres concurrents, mais si l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché grâce à l'accès à une infrastructure est profitable aux consommateurs⁷⁴. L'actualité de la boucle locale s'inscrit parfaitement dans cette problématique.

A l'heure actuelle, la question se focalise essentiellement sur la boucle locale de l'opérateur historique. On peut nettement, à la lumière des expériences étrangères, considérer que cette boucle constitue une

et de stockage appartenant à la société SLE et exploitées par l'une de ses filiales. Lors de la mise en concurrence par ces communes pour l'obtention de nouveaux contrats de délégation du service public de distribution d'eau potable, des concurrents de la SLE ont relevé le refus du délégataire initial de communiquer ses conditions de vente en gros de l'eau potable. Or, du fait de l'impossibilité pour ces concurrents d'utiliser un moyen de production alternative, la Cour d'appel de Paris, considérant que la SLE détenait l'unique moyen de production d'un bien indispensable à l'accès au marché de la délégation du service public de la distribution de l'eau, a imposé à ladite société de communiquer à tout candidat potentiel le prix de vente en gros de l'eau potable, établi de manière objective, transparente et non discriminatoire. Il apparaît en effet, sans discuter le bien-fondé de cette décision, que les installations de productions, de transport et de stockage, n'étaient pas substituables, tant pour des raisons financières évidentes que pour des contraintes techniques, environnementales et juridiques. La construction de telles installations nécessitent en effet du temps, des terrains disponibles (des expropriations étant parfois nécessaires), et des autorisations administratives. Pour plus de détails sur l'application de la théorie sur les industries de réseaux, voir, RODRIGUE (L), *La théorie des infrastructures essentielles appliquée aux industries de réseaux*, Mémoire de DEA en droit public de l'économie, Université Paris II Panthéon-Assas, 2000.

⁷³ - L'article 13§2 de la loi 2000-03 prévoit que « *L'autorité de régulation a pour mission : (...) – de veiller à fournir, dans le respect du droit de propriété, le partage d'infrastructures de télécommunications* ». Voir également, le cahier des charges des opérateurs de la téléphonie fixe (article 12.2), op.cit.

⁷⁴ - Par exemple, l'annuaire des abonnés est mis en vente en Algérie dans les agences d'Algérie Télécom ; cette pratique (anticoncurrentielle) peut être justifiée par l'existence d'un seul opérateur de téléphonie fixe sur le marché algérien du fait, notamment du manque d'attractivité de ce marché après le retrait de la deuxième licence attribuée à l'opérateur Lacom. Dans l'affaire Lacom, l'ARPT a soutenu l'opérateur historique malgré la constatation d'une pratique anticoncurrentielle.

infrastructure essentielle en ce sens que l'accès à cette boucle est interdit aux opérateurs alternatifs.

En outre, la réalité économique qu'est l'infrastructure essentielle se traduit juridiquement en termes de droit d'accès⁷⁵. L'interconnexion en est l'instrument complémentaire en ce sens qu'elle tend à garantir l'interopérabilité des normes pour assurer l'unité du système⁷⁶.

Cette notion technique et économique a désormais fait son entrée dans les disciplines juridiques. L'étude de cette notion confronte le juriste aux difficultés de l'appréhension juridique d'éléments qui sont aussi bien techniques qu'économiques et politiques. Un élément clé de la régulation sectorielle.

C- La juridisation de l'interconnexion

L'encadrement libéral des télécommunications est subordonné avant tout à la régulation de l'interconnexion, socle de cette industrie de réseau. En effet, sans interconnexion, il est tout à fait inutile de parler de réseau. Elle est définie par le texte initial d'ouverture du secteur comme étant « *les prestations réciproques offertes par deux opérateurs de réseaux publics ou les prestations offertes par un opérateur de réseau public à un prestataire de service téléphonique au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux, quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent* »⁷⁷.

L'interconnexion entre différents réseaux doit être faite par des contrats librement négociés entre les différents exploitants de réseaux de

⁷⁵ - V. A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux : télécommunications et électricité, op.cit*, p. 173. Les nouveaux entrants sur le marché des télécommunications disposeront alors de deux moyens pour concurrencer l'opérateur historique. La concurrence par les services et par les infrastructures. La concurrence par les services est, lorsque les nouveaux entrants s'appuient sur les infrastructures de l'opérateur historique pour développer leurs services et les commercialiser aux consommateurs finaux ; la concurrence par les infrastructures est, lorsque les nouveaux entrants installent pour cela leurs propres infrastructures, concurrentes de celles de l'opérateur en place. Ces deux procédés appellent bien évidemment à parler de l'interconnexion et de l'accès. Cf. I. COUMBA, *Libéralisation des télécommunications africaines.....*, p. 278.

⁷⁶ - L'accès aux infrastructures et l'interconnexion sont devenus une des questions critiques de la concurrence dans le marché des télécommunications, et à moins d'y répondre très rapidement, elles pourraient devenir un barrage à la concurrence.

⁷⁷ - Voir, l'article Art. 8§4 de la loi 2000-03, op.cit ; l'opérateur auquel est demandée une interconnexion, doit mettre à la disposition des opérateurs interconnectés des emplacements dans ses locaux techniques aux points d'interconnexion afin de permettre à ces opérateurs d'installer leurs équipements d'interface avec son réseau., voir l'article 10.1 du cahier des charges des opérateurs de téléphonie mobile.

télécommunications⁷⁸. Une sorte de conventions décrivant les conditions techniques et financières des prestations de services d'interconnexion. Ces conventions sont la traduction contractuelle de l'obligation posée par la loi faite aux exploitants de réseaux ouverts au public, de faire droit aux demandes d'interconnexion raisonnables⁷⁹.

En application de la loi sectorielle, le décret sur l'interconnexion prévoit que les opérateurs sont tenus de donner suite aux demandes d'interconnexion formulées par d'autres opérateurs et les prestataires de service, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires ; le refus de la demande devant être motivé par des raisons objectives d'impossibilité techniques majeure⁸⁰. Le tarif d'interconnexion doit, lui-même être assis sur des bases objectives, tendre vers les coûts que supporte l'opérateur qui offre l'interconnexion demandée⁸¹.

Les opérateurs de réseaux publics⁸² sont tenus, du reste, de publier, dans les conditions déterminées par leur cahier des charges, un catalogue d'interconnexion de références qui contient une offre technique et tarifaire d'interconnexion et ce, après son approbation par l'ARPT⁸³ qui vérifie à cette occasion le caractère objectif des tarifs offerts et qui peut en conséquence, demander à l'opérateur d'introduire des amendements à cet égard.

Toutefois, le dispositif législatif et réglementaire des télécommunications reste largement incomplet dans la mesure où, la concurrence est limitée. En effet, les hésitations des pouvoirs publics à dégroupier l'accès des opérateurs alternatifs, à la boucle locale de

⁷⁸ - Voir l'article 10.3 du cahier des charges des opérateurs de téléphonie mobile ; en cas de désaccord dans la conclusion du contrat, il sera fait recours à l'arbitrage de l'autorité de régulation.

⁷⁹ -Le droit sectoriel oblige les opérateurs à la mise en place de conventions d'interconnexion. Ce sont des conventions de droit privé dénommées sous les appellations de « *contrats, conventions ou accords d'interconnexion* ». Leur objet est de déterminer, dans le respect de la réglementation des télécommunications, les conditions techniques et financière de l'interconnexion entre les exploitants concernés ; comme elle sanctionne les rapports de chaque opérateur avec chacun des autres. Ces conventions sont soumises à l'approbation de l'autorité de régulation qui vérifie si les conditions techniques de l'interconnexion sont réunies et si les principes tarifaires du catalogue d'interconnexion ont été respectés.

⁸⁰ - V. Décret exécutif n° 02-156 du 9 mai 2002, fixant les conditions d'interconnexion des réseaux et services de télécommunications

⁸¹ - BESSAID (M-T), « De quelques aspects juridiques saillants de la réformes des télécommunications », op.cit

⁸² - Le droit à l'interconnexion n'est accessible qu'à un petit nombre d'opérateurs autorisés et l'obligation qu'il fait naître ne concerne que les exploitants de réseaux ouverts au public.

⁸³ - Voir par exemple, catalogue d'interconnexion d'Algérie Telecom, année 2011 (valable du 1^{er} juillet 2011 au 30 juin 2012). www.arpt.dz

l'opérateur historique, ne contribue qu'à la limitation de la concurrence dans le secteur en sachant que la demande sociale pour les services Internet ne cesse d'augmenter.

En somme, il est impératif, pour les pouvoir public de dégroupier l'accès à la boucle locale de l'opérateur historique afin de promouvoir la concurrence dans le secteur et de prendre en compte la demande sociale⁸⁴.

Conclusion :

La question de la concurrence dans le secteur des télécommunications n'est plus une hypothèse d'école. Toutefois, cette concurrence concerne uniquement les services et non les infrastructures. Pour développer une concurrence par les infrastructures, il est essentiel que les pouvoirs publics procèdent au démantèlement du monopole sur la boucle locale de l'opérateur historique. C'est certainement à partir de l'accès à la boucle locale que l'on pourrait évoquer une véritable concurrence dans le secteur. Car, les opérateurs alternatifs ne pourront servir le consommateur des dernières technologies de l'information que s'ils auront accès, au même titre que l'opérateur historique, à cette infrastructure de base. Un compromis (*politique*) doit cependant être trouvé entre l'exécutif et l'opérateur historique si l'on sait d'avance que, la régulation sectorielle indépendante dans notre pays, est davantage le fruit d'un compromis politique que d'un édifice juridique logique⁸⁵. Le degré de dépendance du régulateur vis-à-vis de l'exécutif et de l'opérateur historique est à cet égard très frappant.

Une fois le compromis trouvé, faudrait-il encore doter le régulateur de vrais pouvoirs "*régulateurs*" tel que le pouvoir de sanction détenu en

⁸⁴ - De façon paradoxale, l'article 13§1 de la loi 2000-03 prévoit que l'autorité de régulation veille à l'existence d'une concurrence effective et loyale sur le marché des télécoms et prend toutes les mesures nécessaires pour promouvoir et rétablir la concurrence sur ce marché. La question qui se pose alors est de savoir, pourquoi l'ARPT, dans une démarche de promotion de la concurrence et de favoriser l'investissement dans les services de télécommunications, notamment l'accès à Internet, n'arrive pas à pousser l'opérateur historique à dégroupier ? Pourquoi l'opérateur historique n'est pas prêt à dégroupier la boucle locale ? Dans un rapport réalisé par des experts algériens dans le domaine intitulé « Etat des lieux de l'ADSL en Algérie », et parmi les recommandations qui y figurent on cite, le dégroupage de la boucle locale et l'accès équitable aux infrastructures essentielles afin d'encourager une concurrence loyale entre opérateurs.

⁸⁵ - La désignation des membres des *AAI* qui devait répondre à un critère d'expertise, se fait généralement par le critère d'appartenance à une famille politique. En outre, l'absence de la notion de mandat pour ces membres, facilite la capture du régulateur. Voir sur cette question, N. Grim, *L'économie algérienne : otage de la politique*, éd. Casbah, Alger, 2006, R. ZOUAÏMIA, *Les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, éd. Houma, Alger, 2005, p. 16 et ss.

majorité par le ministre chargé des technologies de l'information et de communications.

En attendant que cela soit réalisé, l'état de la concurrence actuelle sur le secteur est contraire aux objectifs tracés par la loi 2000-03, notamment celui, du développement et de la fourniture des télécommunications de qualité assuré dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires dans un environnement concurrentiel⁸⁶.

En définitive, pour réussir une régulation sectorielle indépendante, l'action d'autres institutions est nécessaire à côté de celle du régulateur spécialisé ; l'action du Conseil de la concurrence comme gardien de l'ordre public concurrentiel et celle du juge⁸⁷ ne sont pas à exclure dans le jeu réglementaire.

⁸⁶ - Art. Premier § 1 de la loi 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *op.cit*

⁸⁷ - Dans la plupart des cas, en matière de régulation, c'est le juge administratif qui est chargé du contrôle de légalité des actes des autorités administratives indépendantes. Cependant, à ce propos, aucune décision n'est prise par le Conseil d'Etat jusqu'à maintenant. Les seules décisions qu'il a rendues à l'occasion de deux recours contre deux décisions rendues par l'ARPT dans le cadre de sa compétence arbitrale, étaient rejetés pour vice de forme. V. Revue Conseil d'Etat n° 3, 2009. Se pose alors, la question de l'expertise du juge en matière de régulation technique.