

## Besprechung / Compte rendu

### Les concessions de services de télécommunication

LEILA ROUSSIANOS-MOAYEDI

Etude de droit suisse et de droit communautaire

Etudes de droit suisse ASR, n° 668, édition Stämpfli SA, Berne 2002, XV + 369 pages, CHF 88.–, ISBN 3-7272-0402-8

La publication d'ouvrages en droit des télécommunications est encore peu fréquente, encore plus lorsque l'ouvrage est rédigé en français. Pour cette première raison, la thèse de LELLA ROUSSIANOS-MOAYEDI mérite de retenir notre attention. L'ouvrage, écrit autour de la question de savoir s'il est nécessaire de réglementer un marché libéralisé, est divisé en dix parties. Les quatre premières parties sont essentiellement descriptives et permettent de se familiariser avec le droit des télécommunications; les quatre parties suivantes, qui constituent le cœur de la thèse, sont consacrées à l'étude de la délivrance des concessions. Enfin, les neuvième et dixième parties traitent de l'avenir de la matière, étant donné le phénomène de convergence qui apparaît peu à peu entre les diverses technologies.

Dans la première partie, l'auteur examine les sources du droit des télécommunications, tant sur le plan suisse que communautaire et international. Au niveau suisse, LELLA ROUSSIANOS-MOAYEDI commence par une analyse historique de la matière, depuis la régence des postes instaurée par l'art. 22 de la Constitution fédérale de 1848, jusqu'à l'adoption de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur les télécommunications. L'auteur poursuit par une présentation sommaire de l'art. 92 al. 2 Cst. et de la loi sur les télécommunications. Elle établit la liste des ordonnances applicables en la matière et leur domaine d'application, puis fait de même sur les plans européen et international.

La deuxième partie tend à donner au lecteur novice un aperçu technologique nécessaire pour comprendre la matière abordée. L'auteur y définit de nombreuses notions, que ce soit les services de télécommunication, les techniques de télécommunication (câble ou onde) ou les réseaux, pour évoquer enfin le phénomène de convergence entre les télécommunications, l'informatique et l'audiovisuel, dû à l'apparition des nouvelles technologies.

Après avoir défini les tâches de L'Ofcom et de la ComCom en troisième partie, ROUSSIANOS-MOAYEDI s'arrête dans la quatrième partie sur la distinction entre l'obligation de s'annoncer et les activités soumises à concession pour les fournisseurs de télécommunications. Après avoir défini la notion de fournisseur de télécommunications, l'auteur examine les hypothèses dans lesquelles l'octroi d'une concession est nécessaire, celles où il y a lieu de s'annoncer et enfin celles où aucune concession ni annonce ne sont nécessaires.

La cinquième partie rappelle la nature juridique de la concession en droit suisse. Si la définition traditionnelle de la concession consiste à y voir un acte administratif qui confère à un particulier la compétence d'exercer une activité juridiquement réservée à l'Etat, ROUSSIANOS souligne le fait qu'en réalité, la notion de concession comprend aujourd'hui une multitude de variétés; plus qu'une délégation d'une parcelle de la puissance publique de l'Etat en faveur d'un particulier, elle permet aujourd'hui une coopération entre les privés et l'Etat qui doit servir l'ordre public. Contrairement à l'autorisation à laquelle chacun a un droit s'il en remplit les conditions, il n'existe en principe aucun droit à l'octroi d'une concession, qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente. L'auteur souligne toutefois que l'étendue de ce pouvoir dépend en réalité de la densité normative des dispositions concernées: plus les normes définissant les critères d'adjudications sont précises, plus le pouvoir discrétionnaire de l'autorité sera limité. Dans ce cas, l'octroi d'une concession se rapproche de celui d'une autorisation, puisque le justiciable y a droit s'il remplit les conditions posées par la loi. La ques-

tion de savoir si l'on est en présence d'une concession ou d'une autorisation ne serait donc pas défini selon ROUSSIANOS par les termes de l'acte juridique, mais par l'étendue du pouvoir conféré à l'autorité compétente. La concession doit dès lors perdre sa signification traditionnelle. Dans la suite de cette partie, ROUSSIANOS compare l'institution de la concession en droit suisse des télécommunications avec le système communautaire (autorisations générales et licences individuelles) et les différents systèmes mis en place en Allemagne (autorisation générale nécessaire pour tous les services de télécommunications qui ne tombent pas dans les diverses catégories de licence), en France et en Grande-Bretagne (multitude de catégories de licences). L'auteur arrive à la conclusion que tous les systèmes légaux poursuivent par l'exigence d'autorisations, de licences ou de concessions le même but: vérifier l'accès au marché.

Dans la sixième partie, LEILA ROUSSIANOS-MOAYEDI étudie les règles régissant la délivrance des concessions de services de télécommunication (art. 6 LTC), puis les droits et obligations du concessionnaire. L'auteur déduit de cette analyse que tout candidat a le droit d'accéder au marché dès qu'il présente les garanties nécessaires, de sorte que la concession n'apparaît pas comme une restriction à la liberté économique, mais comme un instrument permettant d'assurer le bon fonctionnement de la concurrence: chacun y a droit dès qu'il remplit les conditions légales d'octroi. La qualification de l'acte comme concession et non comme autorisation est importante en ce qui concerne les voies de recours. En effet, le Tribunal fédéral a considéré que la LJT ne prévoyait aucune exception à l'art. 99 al. 1 let. d OJ, selon lequel le recours de droit administratif n'est pas ouvert contre l'octroi ou le refus de concessions auxquelles la législation fédérale ne confère pas un droit. Par conséquent, seule la concession à laquelle le candidat a droit (art. 4 LTC, cf. art. 6 al. 3 LTC) ouvre la voie du recours de droit administratif.

La septième partie est consacrée à l'étude du service universel, tant sur le plan national que communautaire. Ce service se définit comme une offre minimale de services de télécommunication, sûre et d'un prix abordable, fournie à toutes les catégories de la population et dans tout le pays. Le phénomène de convergence actuelle lié au développement des nouvelles technologies et à la société dite de «l'information» a toutefois pour effet d'étendre la notion de service de base à d'autres services. Si le but de service public poursuivi par le service universel reste inchangé dans le cadre d'un marché libéralisé, les concessionnaires de ce service doivent assumer des obligations plus contraignantes. Pour l'auteur, la concession de service universel et les conditions posées à son octroi (art. 15 LTC) se justifient pour atteindre le but d'intérêt public recherché, et est ainsi conforme au principe de liberté économique. L'intervention étatique est d'autant plus importante qu'elle doit permettre d'assurer dans un premier temps un rééquilibrage des prix dans un régime de libre concurrence, mais cesser après avoir atteint un juste équilibre et garanti le bon fonctionnement de la concurrence. Pour terminer cette partie, ROUSSIANOS-MOAYEDI décrit la procédure d'adjudication et s'interroge sur les voies de recours; se référant à l'arrêt Sunrise (ATF 125 II 293), l'auteur en déduit que le recours devrait être exclu en ce qui concerne le refus d'octroi d'une concession de service universel, puisque l'autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour octroyer ou non la concession. En effet, selon le Tribunal fédéral, l'art. 99 al. 1 let. d OJ exclurait tout recours dans les cas où l'autorité concédante dispose d'un pouvoir discrétionnaire relativement large, ou dans les cas où elle doit tenir compte d'aspects techniques. Pour l'auteur, cette jurisprudence est injustifiée et n'est pas conforme à l'art. 6 CEDH, qui est applicable même lorsque l'octroi d'un droit dépend du pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante, dès lors que celle-ci ne dispose pas d'un pouvoir illimité.

Dans la huitième partie, LEILA ROUSSIANOS-MOAYEDI examine les problèmes posés par la concession du service de téléphonie mobile. Dans ce domaine, la rareté des fréquences justifie de soumettre ce service à l'octroi d'une concession. La limitation de l'accès au marché se justifie donc par des motifs d'intérêt public et ne contrevient dès lors pas à la liberté économique. Après avoir étudié les conditions posées à l'octroi des diverses concessions en la matière (art. 23 LTC) et les droits et obligations du concessionnaire, l'auteur examine brièvement quelques types particuliers de concessions que sont les concessions UMTS (troisième génération) et Wireless Local Loop (WLL). Elle termine cette partie en décrivant là encore la procédure d'adjudication et les voies de recours. Selon ROUSSIANOS-MOAYEDI, il existe un droit à l'utilisation du spectre de fréquences, qui devrait permettre la recevabilité du recours de droit administratif, en dépit de la jurisprudence contraire rendue par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Sunrise précité. ROUSSIANOS-MOAYEDI considère qu'un recours devrait également être ouvert contre l'appel d'offres, par application analogique de l'art. 29 LMP qui y voit une décision sujette à recours.

En neuvième partie, l'auteur traite du phénomène de convergence dans le domaine des télécommunications, et remet en question la séparation juridique nette qui existait entre la radiodiffusion et les télécommunications. Elle se livre à une étude du Livre vert sur la convergence, et en retire qu'un consensus s'est dégagé en faveur d'une approche horizontale de la réglementation (règles technologiquement neutres en matière de transmission et d'accès aux réseaux), mais verticale pour certains aspects de la fourniture de services de contenu. En droit suisse, ROUSSIANOS-MOAYEDI souligne que ce phénomène devrait entraîner la révision de la LTC et de la LRTY, la première devant réunir les conditions d'octroi de la concession pour l'exploitation des infrastructures d'émission, tandis que la seconde ne réglerait plus que le contenu des services.

L'étude se termine en dixième partie par l'analyse du nouveau cadre réglementaire tant sur le plan communautaire que suisse.

En définitive, si l'étude fouillée et détaillée est à saluer, on peut regretter le caractère essentiellement descriptif de l'ouvrage et le style un peu lourd qui rend parfois malaisée la lecture en une matière il est vrai difficile. Le lecteur aura parfois l'impression de lire à plusieurs reprises le même passage; ainsi, à titre d'exemple, on trouve à quinze pages d'intervalle deux sous-titres concernant la justification du service universel. Cela étant, on reconnaîtra qu'aborder une matière d'une telle complexité autrement qu'en la décrivant est difficile sinon impossible. Si ce caractère descriptif peut donc constituer un regret, il est également un avantage, puisqu'il permet au lecteur novice en la matière de bénéficier d'un ouvrage de référence comportant une analyse détaillée et complète de la réglementation en matière d'octroi de concessions de services de télécommunication, tant sur le plan suisse que communautaire. Pour cette dernière raison, l'ouvrage de LEILA ROUSSIANOS-MOAYEDI mérite de trouver sa place dans toute bibliothèque de juriste travaillant de près ou de loin dans le domaine des télécommunications.

*Philippe Gilliéron, dr en droit, avocat, Lausanne*