



**BADGE REGULATION DES
TELECOMMUNICATIONS
Promotion 2005**

**DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA
REGULATION DES
TELECOMMUNICATIONS EN
DROIT CONGOLAIS (RDC)**

Lepage BUSHABU WOTO

**Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques
ARPTC / R.D.C.**



INSTITUT DE LA BANQUE MONDIALE

Promouvoir l'éducation et le savoir pour un monde meilleur



Ecole Supérieure Multinationale des Télécommunications

**DE LA MISE EN ŒUVRE
DE LA REGULATION DES
TELECOMMUNICATIONS
EN DROIT CONGOLAIS
(RDC)**

Lepage BUSHABU WOTO

novembre 2005

Avertissement

Ce mémoire constitue le travail de fin d'étude du Badge¹ Régulation des Télécommunications délivré par l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications (ENST – Paris), dans le cadre d'une formation organisée conjointement par l'ENST, l'Artel du Burkina Faso, l'Arcep de France, le World Bank Institute et l'ESMT de Dakar.

L'ENST et les coorganisateur de cette formation n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

¹ BADGE: Brevet d'Aptitude délivré par les Grandes Ecoles.

DEDICACE

*A ma très chère épouse, **Odette BOPE THUL**, pour sa présence et son soutien qui nous ont permis d'aborder la formation de badge et de rédiger cette thèse professionnelle avec plus de sérénité.*

*A mes enfants, **Nique MABINTSHI, Dorcas BAWOTA et Jenovic PISHU Ina** de tous qui malgré leur jeune âge, ont su endurer plusieurs jours de séparation. Que les fruits de cette formation puissent contribuer en retour à la préparation de leur avenir.*

INTRODUCTION GENERALE

Aborder la question de la mise en œuvre de la régulation des télécommunications en droit congolais constitue un enjeu qui peut intéresser tous les acteurs qui interviennent dans ce secteur.

Dans une économie de plus en plus mondialisée, les télécommunications sont devenues aujourd'hui un des piliers du développement économique et social de la plupart des pays.¹

Les services de ce secteur constituent un élément important qui contribue à l'exercice des activités commerciales et sont devenus aussi un outil important au service des gouvernements, des entreprises et d'autres organisations pour assurer efficacement la circulation de l'information, soutenir les activités de production et des services sociaux.

Les activités des télécommunications ont pendant longtemps été réservées à la seule compétence de l'Etat. La puissance publique veillait à fixer le cadre réglementaire applicable en même temps qu'elle prenait en charge l'exploitation des réseaux et des services des télécommunications notamment par le biais de l'administration centrale.

Ce mode de fonctionnement paraît aujourd'hui dépassé en raison de l'intérêt que représente pour l'innovation, l'emploi et les consommateurs de développement de la concurrence et l'essor des nouvelles technologies.

L'évolution technique, qui a nécessité la mobilisation des capitaux importants, a conduit la plupart des pays, aux Etats-Unis d'abord, en Europe occidentale ensuite et jusqu'en Afrique subsaharienne, à procéder à la déréglementation, en d'autres termes, à remplacer les cadres légaux et réglementaires permettant l'administration directe du secteur des télécommunications par des cadres légaux et réglementaires autorisant le développement de nouveaux opérateurs et l'essor de services innovants dans un contexte de globalisation des échanges.

C'est ainsi que plusieurs pays ont été amenés à mettre en place une nouvelle approche juridique des télécommunications en séparant les fonctions de régulation de celle d'exploitation ; c'est le cas de la France, Maroc etc. Ces différentes fonctions ont été confiées à des organes distincts.

C'est dans cet ordre d'idée que l'Etat a organisé la privatisation du secteur des télécommunications en séparant les activités de la poste de celles des télécommunications et en ouvrant le capital des entreprises à l'investissement privé national et international.

Tous ces changements de législation et de réglementation ont ouvert la voie à l'introduction de la concurrence dans l'exploitation des services publics, voire dans la détention des réseaux des télécommunications et dans la valorisation des divers segments du marché.

Par ailleurs, la concurrence a appelé la mise en place des instances de régulation indépendantes chargées, dans le contexte du marché libéralisé, de définir les règles du jeu, d'en contrôler l'application et l'observation, de veiller à l'effectivité de la concurrence, de défendre les intérêts

¹ Séminaire sur le Renforcement des Systèmes Réglementaires Nationaux pour une bonne gouvernance publique et privée plus efficace, IBT 37 F

des acteurs, y compris des consommateurs, de veiller à la qualité des services et au niveau des prix pratiqués.

Il faut signaler que ces réformes ont connu des succès dans les différents pays qui les ont introduites: amélioration de la qualité des services, augmentation du parc téléphonique, etc. Cependant, il convient de se demander si cela peut être le cas en RDC.

Depuis l'époque coloniale, le droit des télécommunications en République Démocratique du Congo avait toujours été marqué, par l'exercice d'un monopole de l'Etat sur ce secteur. Ce mode de gestion tirait son fondement de l'ordonnance législative n°254/TELEC du 14 août 1940 qui a coordonné les différents textes coloniaux qui organisaient jusque là les télécommunications. Par l'ordonnance loi n°68/475 du 13 décembre 1968, l'Etat Congolais va créer une entreprise publique sous l'appellation d'Office Congolais des Postes et Télécommunications « OCPT », à qui sera confiée l'exploitation, en monopole, des services des postes et des télécommunications.

Dans ce cadre, l'administration des PTT mise sur pied par l'ordonnance législative du 14 août 1940 sera supprimée, ses cadres mis à la retraite et son personnel mis en détachement auprès de l'Office Congolais des Postes et Télécommunications..

En 1988, une société privée d'exploitation de la téléphonie cellulaire, Télécél (Starcel) est installée, quelques temps après, apparaissent d'autres opérateurs tels que Comcel, Afritel, Sogétel, etc. Cette période marque l'ère de l'ouverture non préparée et mal encadrée du secteur des télécommunications aux entreprises privées. Elle est caractérisée par un désordre tant sur le plan institutionnel que sur le plan juridique et l'affaiblissement tant de l'opérateur public que de l'Etat qui n'arrivent plus à contrôler correctement ce secteur.¹

Conscient que le secteur des télécommunications souffrait de plusieurs déficiences, le Gouvernement de la République Démocratique du Congo avait estimé nécessaire de concevoir une nouvelle stratégie de manière à favoriser le développement du marché concurrentiel et la dynamique permettant de soutenir la compétitivité et la diversification de l'économie congolaise comme de ses entreprises.

Parmi ces déficiences, citons d'abord l'insuffisance des services offerts par les télécommunications. A ce stade, il faut signaler que la technologie utilisée par l'Office Congolais des Postes et des Télécommunications en sigle « OCPT » se trouvait effectivement dépassée, ses équipements vétustes et obsolètes souffraient de l'absence d'entretien et de maintenance. Il faut ajouter à cela la mauvaise qualité du réseau local fixe, l'insuffisance de lignes fixes, l'inexistence d'artères modernes à haut débit de transmission, l'impossibilité d'obtenir des lignes louées à haut débit. Ces carences concourraient au ralentissement de la diffusion de nouveaux services.

Par ailleurs, le cadre légal et réglementaire du secteur des télécommunications était devenu insuffisant. En effet, la loi de 1940 était largement dépassée et même transgressée par le détenteur de pouvoirs des postes et télécommunications en attribuant les licences aux premiers opérateurs privés de téléphonie mobile cités ci-haut, alors que l'Ordonnance loi de 1940 reconnaissait le monopole absolu à l'OCPT et la modification introduite par l'Ordonnance loi n°68/475 du 13 décembre 1968, a opéré un transfert du monopole de l'exploitation du service public des télécommunications de l'Etat à un organisme public, l'OCPT.

¹ J.CHEVALIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP 1986, n°3254 ,p.35

Un tel cadre ne pouvait pas apporter la sécurité juridique dont pouvait jouir les investisseurs.

En effet, la crainte des arbitrages non transparents dans l'interprétation des droits et des obligations contenus dans les autorisations, dans le règlement des différends tant avec l'Etat qu'avec les autres opérateurs n'a pas encouragé non plus les investisseurs à s'impliquer dans le secteur.

L'expérience du fonctionnement dépourvu d'un cadre normatif adéquat et d'un organe de régulation autonome a permis de relever des irrégularités et insuffisances entre autres, le manque à gagner pour le trésor public, l'exploitation des services sans licence ou autorisation appropriée, l'introduction des pratiques complexes des fraudes et l'interventionnisme de l'Etat.

Au regard de ce qui précède, et en tenant compte de la nouvelle réalité technologique, le Gouvernement de la République Démocratique du Congo était amené à initier un vaste mouvement de réformes profondes du secteur.

La loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications dont les travaux ont été entamés dès 1999 et finalisés en 2002 avec l'adoption d'une nouvelle législation en République Démocratique du Congo a apporté des innovations importantes et salutaires pour le secteur. Ainsi, la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 crée l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications (ARPTC) et fixe ses statuts. Elle consacre ainsi le principe de la séparation de la fonction de régulation de celle de l'exploitation des réseaux et des services.

Cette loi dote l'ARPTC sous la forme juridique d'une personne morale de droit public, investie des attributions propres que nous aurons à analyser à l'occasion du développement de présente étude.

Aujourd'hui, l'existence d'un Régulateur constitue une garantie de sécurité juridique pour les investissements dans le secteur des télécommunications.

La réglementation internationale du secteur des télécommunications exige deux conditions nécessaires pour asseoir un marché des télécommunications libéralisé et transparent, avec une concurrence loyale. La concurrence loyale est garantie par la présence d'une Autorité de Régulation autonome et de l'autonomie de l'organe de régulation.

S'agissant de l'autonomie de l'organe de régulation, il est essentiel qu'elle soit assurée d'un triple point de vue, à la fois fonctionnel, organique et financier.¹ Ce grand principe de la régulation étant institué dans la plupart des pays, il est intéressant de consacrer dans le droit congolais, par l'entremise de l'ARPTC, une législation qui permette au régulateur d'exercer ses missions sans entraves.

La loi-cadre précitée du 16 octobre 2002, en instituant les deux structures à savoir le Ministre et l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo, a donné à chacune d'elle ses propres attributions.

¹ H. Intven et M. Tétrault, Manuel sur la réglementation des télécommunications, Info Dev 2000, Appendice C-13

Il y a lieu de souligner que la loi portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications concrétise ce qui est consacré par la loi-cadre.

Mais, le décret n°03/027 du 16 septembre 2003 à son point 21, fixe les attributions du Ministère des Postes, Téléphones et Télécommunications en ajoutant d'autres que celles prévues par la loi-cadre. Dans ces conditions, il est permis de s'interroger sur le risque de confusion susceptible de nuire à l'exercice des compétences du Ministère ou de l'ARPTC.

La loi-cadre précitée précise les attributions de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo et revient sur les attributions du Ministre des PTT qui sont définies par d'autres textes. Une analyse attentive de ces différents textes montre l'existence d'attributions propres à chacune de ces deux structures et l'existence d'attributions partagées.

Plusieurs thèses s'affrontent dans la compréhension de différents textes édictés en cette matière depuis la promulgation de la constitution de la transition.

La première thèse soutenue par le cabinet du Ministre des PTT notamment estime que l'ARPTC a été dépouillée de tous ses pouvoirs par la Constitution de la transition en vertu des articles 1^{er}, 71, 118, 120 et 203 qui abroge toutes les dispositions antérieures contraires et notamment les différentes lois intervenues dans le secteur des PTT promulguées le 16 octobre 2002.

De ce fait, le Ministre des PTT s'appuyant sur le décret présidentiel n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des différents Ministères du Gouvernement de Transition, s'attribue les missions de l'ARPTC qui lui sont dévolues par ce décret.

Procédant ainsi à tort, il semble que le Ministre compétent occulte la disposition expresse de l'article 1^{er} du même décret présidentiel qui dispose que les prescriptions qu'il indique sont valables « sans préjudice des dispositions antérieures ». Cette formule signifie que les dispositions antérieurement adoptées par voie législative ne sont pas remises en cause par les dispositions du décret en question.

Le décret présidentiel n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des différents Ministères de la République Démocratique du Congo, malgré l'expression « *sans préjudice des dispositions antérieures* », confère les mêmes attributions à la fois à l'ARPTC et au Ministère de la Poste et des Télécommunications.

En s'appuyant sur ce décret, le Ministre des Postes et des Télécommunications dépouille en réalité l'ARPTC de tous ses pouvoirs.

Devant ces différents textes pour le moins contradictoires (loi, décrets, arrêtés et autres), les opérateurs sont placés dans une situation d'insécurité juridique particulièrement préjudiciable.

En effet, il pourrait apparaître que la fonction de régulation est confiée à l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications ainsi qu'au Ministère des Postes et Télécommunications.

L'ARPTC éprouve des difficultés énormes pour exercer ses missions face à cette situation malgré la loi qui la crée. En pratique, son indépendance juridique et financière est aujourd'hui remise en cause.

Pourtant, dans la hiérarchie des normes, la loi occupe une place supérieure au décret ; ce qui revient à dire qu'aucun texte de nature réglementaire ne peut abroger un texte de nature législative. La loi créant l'Autorité de Régulation la Poste et des Télécommunications du Congo continue de produire des effets juridiques et c'est plutôt le décret qui, dans la mesure où il entre en contrariété avec la norme supérieure, doit rester sans effets au motif de son illégalité (c'est-à-dire sa non-conformité à la loi).

Au regard de ce qui précède, nous pouvons nous demander si la législation actuelle en République Démocratique du Congo qui a voulu faire l'ARPTC comme un organe autonome et indépendant, permet-elle cette dernière d'exercer ses missions sans entraves ? Quid alors de l'indépendance et de l'autonomie de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo au regard de dispositions légales en la matière ?

Pour éviter les conflits des compétences, il est important que chaque institution respecte les textes juridiques de manière à encourager le développement du secteur des télécommunications en maintenant la cohérence du système à travers l'action du régulateur. En d'autres termes, le développement du secteur des télécommunications doit être garanti par l'existence d'un régulateur jouissant d'une indépendance et autonomie dans un contexte juridique clairement défini et où chaque institution dispose des attributions distinctes qu'elle respecte.

Le choix du présent sujet d'étude est lié à l'importance du secteur de télécommunications sur l'économie nationale, et surtout à son impact sur le plan social. Dans les conditions propres à la République Démocratique du Congo, il est apparu nécessaire d'interpeller les gouvernants et le régulateur sur cette question.

Quant à l'intérêt de cette étude, il réside dans le fait que ses résultats peuvent être utiles aux gouvernements et aux autres décideurs. Ils peuvent leur permettre de mieux comprendre la chose de manière qu'on ait la même vision dans le secteur. Ceci leur permettra de prendre des décisions conséquentes.

Pour mieux cerner son objet tout travail qui se veut scientifique doit recourir à certaines méthodes.

Le Professeur MONONI fait noter qu'il n'existe pas une méthode obligatoire qui s'impose au chercheur, car la méthode est toujours subornée à l'objet de la recherche¹.

Ainsi avons-nous eu recours à la méthode comparative, qui consiste à comparer les différentes régulations de quelques pays à la régulation Congolaise.

Cette méthode sera complétée par la méthode juridique qui consiste tout simplement à recourir aux textes légaux.

En outre, nous avons fait recours à la méthode contraste et cela pour comprendre l'attitude, mieux du comportement de certains gouvernants congolais, comprendre si c'est la législation congolaise en cette matière qui crée la confusion ou c'est son application qui est inefficace, sinon insuffisante.

¹ MONONI ASUKA, Méthode de recherches en sciences sociales, notes manuscrites de cours, 2^{ème} Graduat Droit, UNIKIN, 1995-1996

A ces méthodes, nous avons associé la technique documentaire qui nous a permis d'analyser ou d'interpréter des textes et des différents documents ainsi que la technique d'observation directe et indirecte. Ce qui nous a permis d'appréhender les faits objet de la présente étude.

Le présent travail a pris pour cadre la République Démocratique du Congo, et analyse la question soulevée par l'application des textes en la matière ; et les périodes d'avant la création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo, et après cette dernière ont fait l'objet de notre étude.

Nous ne pouvons pas dire aujourd'hui que ce présent travail n'a pas été à l'abri de difficultés.

Les difficultés sont de plusieurs ordre (temporel, conjoncturel etc.). Mais signalons principalement le défaut de la documentation suffisante au pays dans le secteur étant donné que c'est une matière qui n'a pas connu beaucoup des recherches.

Outre l'introduction et la conclusion générales, ce travail est structuré en trois chapitres

Le premier chapitre de l'étude est consacré aux aspects historiques et théoriques de la régulation des télécommunications.

Le deuxième chapitre met l'accent sur le contexte mondial et africain de la régulation des télécommunications. A cette fin, nous nous efforçons à présenter le cadre institutionnel original, les modalités de l'accès universel, les choix en matière d'interconnexion et la privatisation du secteur, contexte mondial et africain

En fin, le troisième chapitre aborde spécifiquement la question de la régulation des télécommunications en droit congolais.

I. CHAPITRE I : ASPECTS HISTORIQUES ET THEORIQUES DE LA REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

Il y a lieu d'apporter des précisions sur les principes de la régulation, le statut d'une autorité de régulation, l'exploitation des choix en matière de régulation, le droit de la régulation et les outils de la régulation.

1.1. Section I : les notions qui gouvernent la régulation

D'un point de vue étymologique, le mot de « régulation » trouve son origine latine dans les locutions « regere » (diriger) et « regula » (la ligne droite, la règle, la norme au sens large).

Le dictionnaire Petit Robert définit la régulation comme « le fait de maintenir un équilibre dans un système complexe et d'en coordonner les actions en vue d'obtenir un fonctionnement correct et régulier ».

Les définitions qui sont données en rapport avec le concept « régulation » sont nombreuses, il s'agit, bien entendu, des définitions doctrinales et légales.

- La régulation, selon Audrey BAUDRIER, se définit comme toutes les actions de contrôle des comportements que l'Etat ou une autorité ayant vocation à le représenter conduit dans le respect de l'intérêt général.¹
- La régulation consiste à organiser l'ouverture à la concurrence des services en réseaux autrefois fournis par les entreprises (le plus souvent publiques) dans le cadre des monopoles réglementés par l'Etat.
- Le Professeur Chérot la définit comme celle qui a pour objet « l'efficacité et la gestion de la concurrence de sorte qu'elle a besoin d'une certaine flexibilité et adaptabilité en raison de l'instabilité de son objet².

Pour J. CHEVALIER, la régulation vise ainsi à assurer le fonctionnement correct d'un système complexe, en harmonisant les points de vue et en arbitrant les différents intérêts en présence.

Hank Intven et McCarthy Tétrault utilisent le terme « régulateur » ou « organisme de régulation » pour désigner une institution gouvernementale, ou un organisme chargé de réglementer la totalité ou une partie du secteur des télécommunications dans un pays³.

Pour Marie-Anne Frison-Roche, la régulation consiste à instaurer ou maintenir le grand équilibre de secteurs qui ne peuvent par leur force le créer ou le maintenir.¹

¹ Audrey BAUDRIER, cours de l'administration et le droit de la régulation, Ouagadougou, 13-17 juin 2005

² J.J. Chérot, « l'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire », rencontre petites affiches ; pp 17-25, Paris, 6 février 2002

³ Hank Intven et McCarthy Tétrault

Nous pouvons donc considérer avec J. Bergougnoux que la régulation vise à instaurer la concurrence autant qu'il est nécessaire, dans un secteur où elle n'existait pas ou très peu, et à concilier l'exercice loyal de cette concurrence avec la mission d'intérêt général dont sont investis les services publics.²

Pour autant, en règle générale, on ne trouve pas de traces dans la législation européenne ou africaine relative aux télécommunications de définition du concept « régulation ».

La République Démocratique du Congo échappe à cette critique même si le législateur, dans la loi cadre n°013 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications, définit la « réglementation » et la « régulation » comme recouvrant la même réalité.

Au point 23 de l'article 4 de la loi cadre précitée, la réglementation est définie comme : « la fonction qui consiste essentiellement à veiller au bon fonctionnement et au développement de l'ensemble du secteur des télécommunications par un encadrement normatif et institutionnel adapté et adéquat ». Le point 24 du même article considère que la régulation désigne : « L'application ou la mise en œuvre de la réglementation. Le but de la régulation est de faciliter, stimuler et impulser le marché des télécommunications pour rencontrer la demande de la clientèle, permettre aux utilisateurs de communiquer ou faire des affaires à partir de n'importe quel moment et au prix le plus bas possible ».

I.1.1. NECESSITE DE LA REGULATION

Afin d'assurer au mieux la régulation, il a été instauré, en France et dans la plupart des pays européens, des instances de régulation indépendantes. Néanmoins, le pouvoir réglementaire reste du ressort de l'Etat, ce qui marque la différence fondamentale entre réglementation et régulation, cette dernière ne visant qu'à appliquer le cadre législatif, fournir des avis sur les décisions des pouvoirs publics et les comportements des acteurs du marché, et enfin collecter l'information et les statistiques pertinentes sur le secteur en question.

Par ailleurs, il convient de ne pas confondre régulation et application du droit de la concurrence. La régulation concerne d'abord des secteurs où existent des obligations de service public qui nécessitent, pour pouvoir être correctement remplies, un certain aménagement de la concurrence. Libéraliser les services publics ne signifie donc pas déréglementer et encore moins déréguler. Au contraire, il est essentiel de souligner que la régulation est encore plus nécessaire pour veiller au bon fonctionnement du secteur libéralisé.

C'est d'ailleurs là une limite possible à l'action de régulation. En effet, une régulation efficace implique que des moyens conséquents soient affectés aux instances de régulation et que l'arsenal réglementaire accompagnant la libéralisation soit le plus coûteux pour la collectivité que le maintien du monopole.

L'autre limite, déjà soulevée par l'analyse économique, réside dans le risque de capture du régulateur par les différents protagonistes du secteur. En effet, le régulateur est en situation

¹ M.- A. Frison –Roche, le juge et la régulation économique, Annonce de la seine n036 du 22 mai 2000, p.2.

² BERGOUGNOUX J.(2000),Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations ,rapport du groupe présidé par Jean Bergougnoux, Commissariat général du plan ,la documentation française,P.347.

d'asymétrie d'information vis-à-vis des opérateurs qui peuvent en user stratégiquement afin d'en dégager des avantages personnels au détriment d'une régulation efficiente.

Aujourd'hui la régulation pourrait être considérée comme une branche du droit ; c'est-à-dire un ensemble des règles qui organisent la régulation et en constituent en même temps.

A ce propos, Marie-Anne FRISON ROCHE note que le droit de la régulation est appréhendé comme l'appareillage juridique des secteurs particuliers et en permanence construit et conduit. Sont reconnus en cela comme régulés : la finance, la banque, l'assurance, les télécommunications, l'audiovisuel, le transfert ferroviaire, l'électricité et le gaz.¹

Ainsi, le droit de la régulation active les rapports de force, aussi bien celui entre les opérateurs historiques d'un secteur et les entreprises qui pénètrent sur le marché que celui qui oppose les actionnaires et les dirigeants sociaux, et plus encore celui qui met face à face les producteurs et les distributeurs, relation à laquelle la loi devrait consacrer des dispositions spécifiques.

L'idée est que le rapport de force est bénéfique lorsqu'il est équilibré. Le contrat lui-même repose sur ce principe. Ainsi, pour lutter contre la domination, il faut nourrir le rapport de force et non pas l'apaiser. Ce principe est commun aux procédés de régulation ; et les ingrédients pour nourrir les rapports de force de sorte que leur maturation puisse aboutir à l'équilibre des puissances et donc à l'équilibre des intérêts, sont de quatre ordres. C'est donc d'après Marie-Anne FRISON ROCHE autant de points fixes du droit de la régulation.

Il s'agit en premier lieu de la distribution des droits à l'information ; l'asymétrie d'information est au cœur de la théorie économique de régulation. Ce qui protège la partie faible. L'action de régulateur vise dans un marché où sont présents les opérateurs puissants et les opérateurs faibles, à faire en sorte que les opérateurs faibles puissent eux aussi exercer leurs activités en toute liberté sans être étouffé par les grands, notamment l'interconnexion et la tarification des services.

En deuxième lieu, il s'agit du principe de transparence, marque des secteurs régulés, aujourd'hui importé dans les rapports de force observables dans les relations de la distribution ou en matière de gouvernement d'entreprise.

En troisième lieu, la proportionnalité doit gouverner l'exercice des pouvoirs, quel que soit le pouvoir en question, celui du gestionnaire du réseau de transport du secteur régulé, celui du dirigeant social, celui de l'autorité de régulation elle-même.

En quatrième lieu, on trouve dans tous les procédés de régulation, le principe de responsabilité de ceux qui exercent le pouvoir sur autrui et corrélativement, le principe de la contenance et de la stabilité des décisions prises, notamment, grâce au recours judiciaire.

Avec ces quatre principes fixes (droits d'information, transparence, proportionnalité et responsabilité), les normes de régulation peuvent être flexibles, dans la mesure où l'articulation de ces principes fournit la sécurité juridique requise.

¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La régulation : Objet d'une branche du droit », in Petites affiches, le anatolien juridique n°110, 3 juin 2002, Paris, pp 3-7

Le droit de la régulation intègre donc une sorte de contrainte des rapports de force mais une fois ces éléments intégrés, l'espoir est d'obtenir les équilibres souhaités par le seul jeu de ces nouveaux rapports. Il y a à la fois contrainte sur les rapports de force et volonté de laisser jouer ces rapports, une fois ceux-ci structurellement modifiés par le droit.

Le droit de la régulation est donc essentiellement à mi-chemin entre le dirigisme où tout vient de l'extérieur et l'autorégulation où tout vient de l'intérieur. D'ailleurs, sous l'angle de la mondialisation, le droit de la régulation constitue une perspective encourageante parce qu'en la matière on a besoin de règles de toute provenance (publique ou privée, écrite ou d'usage) et d'arbitrages (venant d'un juge ou d'un quasi-juge), mais fonctionnant sans un gouvernement extérieur à proprement parler (c'est-à-dire un Etat).

Cette réflexion prend en compte trois notions : le marché, le secteur et la chaîne économique. La notion de marché est construite sur celle de substantialité, c'est-à-dire sur le produit lui-même. Il faut aujourd'hui l'ajuster avec la notion de secteur, correspondant non plus à un produit mais à une activité, par exemple les télécommunications. C'est la base non seulement du droit de la régulation, mais encore du droit de l'organisation mondiale du commerce, à travers le calcul des sanctions.

Le marché s'enclasse dans le secteur, par exemple, plusieurs marchés s'articulent en matière de télécommunication, ce qui déclenche en outre la double compétence des autorités de concurrence et de régulation, rendant impérative la bonne intelligence entre les deux branches du droit.

Il faut ajouter aux deux premières notions une troisième : celle de chaîne économique. En effet, beaucoup d'activités économiques se construisent autour de chaînes ou des industries de réseaux. La construction de chaînes économiques plus ou moins intégrées croise non seulement une pluralité de marchés, mais encore d'une façon fréquente une pluralité de secteurs.

Dans la mesure où le droit a engendré des règles propres aux marchés comme des règles spécifiques à chacun des secteurs, on mesure que le droit de la régulation ne pourra produire de l'ordre que si le système juridique parvient à organiser la bonne coordination entre différents corps de règle cumulativement applicables. Il ne sera efficacement organisé qu'à l'intérieur d'un corps de règles identifiées comme une branche du droit.

I.1.2. EVOLUTION DE LA REGULATION

Historiquement, note Jacqueline DE GUILLEN CHMIDT¹, les premières ébauches de régulation datent de la fin des années soixante, en France ; il s'agit de celles relatives à la concurrence et de celles relatives aux opérations de bourse. La vocation de ces régulations est d'intervenir dès lors que des comportements anti-concurrentiels sont relevés ou que la protection due à l'épargnant est mise en échec sur les marchés de valeurs mobilières. Mais les pouvoirs des instances qui en étaient chargées étaient faibles, les conflits étant tranchés plus directement par les juridictions.

Les règles plus récemment mises en place sont des régulations de type sectoriel. On constate que leur essor est dû à une double évolution. La première est liée au souci, dans ces domaines où

¹ Jacqueline DE GUILLEN CHMIDT, « Le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in petites affiches, Quotidien juridique n°110, 3 juin 2002, Paris, pp 3-7

les libertés individuelles peuvent se trouver malmenées de faire coexister, mieux que ne le feraient des structures traditionnelles de l'Etat, souvent suspectes de partialité, la liberté individuelle, d'une part et l'intérêt général d'autre part.

La deuxième évolution est liée à la libéralisation des secteurs industriels fonctionnant pour la plupart en réseaux, tels l'électricité, les télécommunications et demain, sans doute, le gaz et l'énergie nucléaire. La pression croissante du droit communautaire a conduit des secteurs marqués par le monopole d'entreprises d'Etat à entrer dans l'économie de marché.

La régulation revêt ici un caractère, avant tout, économique, elle est le corollaire indispensable de la libéralisation décidée par l'Union européenne. Les autorités de régulation sont les garantes du bon fonctionnement de ces nouveaux marchés.

La communication audiovisuelle, quant à elle, relève de ces deux types de régulation. A l'origine, en 1982, date de la création de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA), l'activité de régulation consistait essentiellement en la mise en œuvre des dispositifs de nature à garantir la liberté de la communication audiovisuelle et assurer le pluralisme de l'expression politique et culturelle.

Elle consistait également en l'autorisation donnée à des opérateurs privés d'occuper par la voie d'attribution de fréquences, une partie du spectre hertzien, partie intégrante du domaine public de l'Etat. Cette régulation prendra, dans ce domaine d'activité, un caractère plus économique, à partir de 1984, avec l'accès au marché de la publicité des nouveaux opérateurs de radio et, un peu plus tard, de télévision.

L'on distingue ainsi la régulation générale, entendue comme celle qui est l'apanage d'autorités de régulation à vocation horizontale ou qui relève de l'action étatique de la régulation sectorielle.

S'agissant de modes d'intervention des autorités sectorielles, il appartient aux pouvoirs publics de déterminer les choix généraux de la politique qu'ils entendent faire prévaloir dans tel ou tel secteur d'activité. Une fois ces choix opérés, les autorités de régulation sectorielles jouent un rôle dans leur mise en œuvre. Elles sont chargées, par exemple, de répartir la ressource, autrefois objet d'un monopole étatique, entre les opérateurs, de créer les conditions optimales pour que de nouveaux acteurs puissent avoir accès à un marché ouvert à plus de concurrence.

L'autorité sectorielle ne se borne pas à sélectionner des opérateurs, elle organise aussi le cadre juridique de leur activité. Dans la suite de tout appel à candidature pour les attributions de fréquences et de la sélection des candidats, l'autorité définit les modalités selon lesquelles les attributaires de fréquences devront exploiter la ressource qui leur est confiée.

Aussi, les autorités de régulation sectorielles ont-elles la capacité de prononcer des sanctions contre les opérateurs qui manqueraient à leurs obligations. Des telles décisions restent, cependant, marginales et ne constituent pas, loin s'en faut, le mode le plus fréquent d'intervention de l'autorité auprès des opérateurs.

I.1.3. INFRASTRUCTURES DE L'INFORMATION ET L'INTERVENTION DE L'ETAT

Toutefois, notons avec Isabelle CROCQ¹ que le mouvement des infrastructures de l'information comme de la communication va s'accroître vers les années 1990 et, se développent ainsi des réseaux de transport interactifs à haut débit, c'est-à-dire des réseaux numériques capables de transmettre n'importe quel type d'information (que ce soit la voix, une image animée ou non, des textes ou des données informatiques). Il s'agit, en fait, de plusieurs réseaux interconnectés qui utilisent des technologies variées.

L'expression « infrastructure de l'information », renvoie aussi à la convergence entre les secteurs des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel. Les réseaux de télécommunications sont considérés comme un actif de grande valeur pour la société de l'information dont les initiatives concernent le télétravail, l'enseignement à distance, les réseaux entre universités et centres de recherche, les services télématiques pour les PME, la gestion du trafic routier, le contrôle de la navigation aérienne, les réseaux de santé, l'informatisation des appels d'offres, un réseau transeuropéen des administrations publiques et enfin les autorités d'information urbaines.

En 1993, poursuit cet autre auteur, le Livre Blanc, « Croissance, compétitivité, emploi » présenté en décembre par la commission européenne, pose pour la première fois la problématique de la société de l'information au niveau européen. Il place, en effet, la société de l'information au centre des enjeux technologiques, économiques et sociaux du développement de l'Union européenne. Les réseaux de télécommunications y sont qualifiés d' « artères du marché unique » et de « sang de la compétitivité européenne ».

Ce livre blanc est suivi en mai 1994 du rapport BANGEMANN (préparé par un groupe de personnalités issues de l'industrie des télécommunications et de l'audiovisuel présidé par le commissaire Martin BANGEMANN) sur « l'Europe et la société de l'Information planétaire », qui préconise une libéralisation complète du cadre réglementaire des communications en Europe et insiste également sur le rôle du secteur privé et définit dix initiatives pour construire la société de l'information.

En France, le débat sur les infrastructures de l'information a été lancé par le rapport Théry en février 1994 et complété par le rapport Breton en décembre de la même année. Le premier porte sur les infrastructures à haut débit et le second présente le type d'applications et de services susceptibles d'être offerts sur ces réseaux.

Le déploiement des infrastructures de l'information est considéré comme un véritable défi pour la croissance et la compétitivité des économies, mais un défi que le marché seul ne peut pas relever, comme on l'a vu avec Internet aux Etats-Unis. On peut donc s'interroger sur le rôle que les pouvoirs publics peuvent jouer pour y répondre, compte tenu des caractéristiques très particulières des secteurs concernés. Ces secteurs, en monopole dans un passé proche, se sont depuis ouverts à la concurrence sous la pression du progrès technique, de l'évolution de la demande (pour de nouveaux services) et du mouvement de « dérégulation » engagé plus généralement en Europe. Dans les faits, on n'assiste pas à une dérégulation (c'est-à-dire à la suppression de la régulation) mais à une réforme de la régulation.

1 Jacqueline DE GUILLEN CHMIDT, « op. cit. » p.1

En France, comme dans la plupart des pays européens, les secteurs tranchés par ce mouvement étaient caractérisés auparavant par une forte implication des pouvoirs publics : l'opérateur était alors souvent public, l'Etat orientant les choix stratégiques de l'opérateur en matière d'investissement et de technologie.

Cette politique interventionniste menée jusqu'au début des années quatre-vingts avait une connotation mercantiliste et était d'ailleurs qualifiée de « colbertisme hight tech »¹. Certains de ces secteurs en particulier celui des télécommunications ont été depuis entièrement ouverts à la concurrence.

C'est pourquoi il est important de cerner le rôle des autorités publiques et réglementaires dans le déploiement des infrastructures de l'information, en France, étant entendu que ce déploiement dans une économie de marché ouverte à la concurrence est engagé dans une dynamique d'intégration européenne. Il est nécessaire de savoir si l'Etat peut et doit continuer d'être un entrepreneur dans une logique « colbertiste » ou si son intervention doit se limiter aux fonctions régaliennes traditionnelles (la diplomatie, l'énoncé des lois et des règles).

Cette interrogation, précise Isabelle CROQ², n'est, certes, pas nouvelle et différentes réponses lui ont été apportées dans la littérature économique. L'histoire de la pensée économique montre ainsi que le rôle dévolu à l'Etat, dans l'économie de marché, est variable. Par exemple, le mercantilisme, qui regroupe un ensemble de courants d'idées et de pratiques de politique économique développés en Europe entre la fin du XV^{ème} et XVIII^{ème} siècles, prône une forte implication de l'Etat.

Les mercantilistes, qu'ils relèvent du bullionisme, du mercantilisme commercial ou industriel, considérant que l'Etat doit stimuler l'activité nationale et l'orienter par différents moyens : manufactures d'Etat, subventions publiques à l'exportation des produits manufacturés nationaux contre la concurrence étrangère, etc. En France, cet interventionnisme a d'une certaine manière perduré jusqu'à la période contemporaine, comme en témoigne la politique des grands projets industriels et technologiques en matière de réseaux câblés ou de télématique.

Chez les classiques, A. SMITH (1776)³ s'est opposé aux idées et politiques soutenues par les mercantilistes. Il considère, en effet, que l'Etat doit se limiter à sa fonction d'Etat gendarme, c'est-à-dire à la défense de la nation et à l'administration de la justice. Mais, il reconnaît aussi que des biens et services collectifs essentiels comme les routes, les ports, les canaux, etc., ne peuvent pas être produits par le marché en raison de leur insuffisante rentabilité et il recommande à l'Etat de veiller à leur réalisation.

Les travaux de A. PIGOU (1932), T. SCITOVISKY (1954)⁴, P.A. SAMUELSON (1954) ou MUSGRAVE (1959)⁵ justifient au contraire une intervention des « défaillances » du marché. Ici

¹ E. COHEN, cité par Isabelle CROQ, « op. Cit. », p. 2

² Isabelle CROQ, « op. Cit. », p.4

³ A. SMITH (1776), Wealth of Nations, Ed. Edwin CANNAN Modern Library, 1937.

⁴ PIGOU (1932), The Economics of Welfare, 4^{ème} éd. Macmillan, Londres

⁵ T.SCITOVISKY(1954), « TWO concepts of External Economie », Journal of political Economy, n°62 pp 143-151

l'Etat régulateur ne s'occupe pas des questions de redistribution qui relèvent du politique. Les autorités publiques sont supposées bienveillantes et intègres. Le régulateur n'est jamais confronté aux problèmes de collecte de l'information ni au risque d'être capturé par des groupes de pression ou par les entreprises qu'il est chargé de contrôler. L'Etat et le régulateur forment en quelque sorte un « planificateur parfait » (F. LEVEQUE, 1998)¹.

Par contre, la nouvelle économie publique (qualifiée aussi de nouvelle économie de la régulation (J.J. LAFFONT et J. TIROLE, 1993) se situe entre l'économie publique et l'économie industrielle. Elle fonde la régulation sur l'existence de défaillances du marché ; mais, à la différence de l'économie publique traditionnelle, elle tient compte des défaillances de la régulation, dont la première, qui est aussi la principale est l'asymétrie informationnelle entre le régulateur et le réglementé. L'entreprise réglementée possède, par exemple, des informations dont le régulateur a besoin mais qu'elle n'a pas intérêt à lui communiquer.

On admet ici que l'intervention publique sur le marché poursuit deux types d'objectifs : la recherche de l'efficacité productive (minimisation des coûts) et de l'allocation (tarification optimale), et la redistribution de la richesse (entre les agents et entre les zones géographiques). Plus précisément, on peut, en utilisant la nouvelle économie publique, justifier la régulation par l'existence des défaillances du marché, sans pour autant occulter les faiblesses du régulateur, notamment sur le plan de l'information, ni les risques de capture.

Dans ce contexte, s'il est nécessaire de développer les infrastructures de l'information, le meilleur moyen d'atteindre cet objectif peut être de s'appuyer sur le marché, tout en l'encadrant. La concurrence (pour le marché ou sur le marché) constitue, en effet, le moyen efficace pour atteindre divers objectifs comme une baisse des prix ou une amélioration de la qualité, par exemple, mais aussi pour assurer à terme le développement d'autres infrastructures.

Le développement de la concurrence pose le problème de l'accès à des ressources essentielles nécessaires aux opérateurs pour développer leurs activités et il faut donc identifier ces ressources.

Les pouvoirs publics doivent ainsi pour l'essentiel, veiller à sauvegarder le caractère concurrentiel du marché, prendre les mesures réglementaires adéquates mais aussi garantir le bien-être social en restant attentifs à la question de la redistribution, par exemple à travers une politique telle que le service universel. Il est donc important de s'intéresser aux raisons de mettre en œuvre une régulation et pas seulement à la manière de réguler.

I.1.4. OBJECTIFS, PRINCIPES ET FONCTIONS DE LA REGULATION

A. Objectifs

Parler des objectifs de la régulation revient à répondre à la question : pourquoi réguler ? La régulation poursuit plusieurs objectifs, notamment :

1° Empêcher les abus issus du pouvoir (ou mécanismes) du marché, à savoir :

- la hausse des prix ;
- l'insuffisance de l'offre ;

¹ F. LEVEQUE (1998), Economie de la réglementation, éd. La découverte, Paris

- la médiocrité de la qualité de service et de fiabilité, l'introduction lente des nouveaux services ;
- les factures contestables et inexactes ;
- et la protection des nouveaux entrants.

2° Encourager la concurrence par :

- la détermination du nombre d'opérateurs pouvant accéder au marché ;
- l'aménagement de l'accès aux ressources rares dont notamment le spectre des fréquences radioélectriques, les blocs de numéros du téléphone et les droits de passage ;
- le développement d'une concurrence effective par l'aménagement de la capacité des nouveaux entrants à accéder aux clients de l'opérateur historique et à utiliser des parts du revenu de ce dernier à des prix qui reflètent les coûts (interconnexion) ;
- une vigilance continue vis-à-vis des pratiques anticoncurrentielles provenant, notamment, de la part de l'opérateur historique (participations croisées parmi d'autres sociétés opératrices, des restrictions dans la revente, la vente sous conditions).

3° Créer un climat favorable à l'investissement.

Les investisseurs ont besoin d'être convaincus que les règles de jeu sur la base desquelles ils investissent sont fiables et plus particulièrement ils ont besoin d'être assurés que leurs investissements seront à l'abri d'une expropriation de fait, à travers des changements arbitraires dans les prix, les taxes et les obligations de service.

4° Poursuivre les objectifs liés au développement.

Une approche foncièrement commerciale des télécommunications va prendre un long chemin pour aller à la rencontre des objectifs de développement y compris de l'extension de l'accès aux zones rurales et également urbaines à faibles revenus. Mais les problèmes liés à la réalisation des objectifs ainsi que des initiatives du secteur public ou encore du financement pour compléter ou catalyser celle du secteur privé.

B. Principes

Après avoir passé en revue les objectifs d'une régulation, nous examinons maintenant les grands principes qui régissent une régulation.

Le régulateur doit être conduit par les principes de légitimité et même, en partie, antagonistes : le principe d'efficacité qui suppose que la légitimité des autorités de régulation résulte du fait qu'elles remplissent efficacement leur mission ; le principe de régularité, la légitimité des autorités résulte du respect de garanties formelles¹.

1° Principe d'efficacité

Il ressort de ce principe deux concepts principaux :

¹ Alain SEBAN, les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation, petites affiches, n°110,p.63

- compétence des personnes : les personnes qui composent l'autorité de régulation, les membres du Collège et les agents de l'administration soient compétentes. Cela doit passer notamment par des dispositions concernant leur nomination et leur recrutement ;
- Ce principe implique aussi que l'autorité de régulation soit dotée de tous les pouvoirs utiles à sa mission.

Il suppose en outre que ses compétences forment un ou des blocs homogènes en évitant les entrecroisements de compétences avec d'autres autorités, notamment, le gouvernement¹. Il n'y a pas de restriction quant aux pouvoirs qui peuvent être dévolus à l'autorité de régulation. Ainsi, elle a les pouvoirs de décision individuelle, compétences de proposer les projets des textes légaux et réglementaires, pouvoir de proposition, pouvoir d'enquête, pouvoir de sanction, règlement des différends...

2° Principe de régularité

Ce principe touche à la question de l'impartialité objective, notamment dans les aspects de la régularité de la procédure, le rôle de rapporteur ou de toute autre personne appelée à instruire le dossier opposant les opérateurs. Il recouvre également des aspects tels que le respect des droits de la défense, la motivation et plus généralement la transparence procédurale etc.

Deux types d'exigence sont à distinguer :

- a) des exigences portant sur les règles qui constituent l'autorité de régulation, cette dernière doit être organisée de manière à assurer son indépendance, qui est la base de l'impartialité :
 - cela suppose que les personnes qui composent l'autorité de régulation ou qui travaillent pour son compte ne dépendent ni financièrement, ni pour leur carrière du secteur régulé. Tout doit être défini par les règles du régime d'incompatibles.
 - les nominations doivent garantir son indépendance.
 - le budget de l'organisme lorsqu'il est alloué par l'Etat, soit élaboré selon les règles qui ne mettent pas le régulateur en situation de négocier avec le gouvernement
- b) des exigences portant sur les règles de fonctionnement de l'autorité de régulation :
 - la collégialité des décisions ;
 - le respect des droits de la défense ;
 - les motivations des décisions ;
 - l'impartialité, prise à la fois sous l'angle subjectif.

3° Principe de l'Indépendance

Le régulateur doit être indépendant sur le plan opérationnel de toute ingérence politique externe dans l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs, et il doit être seul responsable de l'utilisation des pouvoirs et des ressources dont il dispose.

Il faut noter que cette indépendance doit être renforcée par la disponibilité pour le régulateur d'une ressource de revenus stable.

¹ A. SEBAN, "op. cit. p". 64

Les législations qui créent les organes de régulation définissent les ressources de ces derniers.

Dans certaines législations ,des aspects spécifiques de la politique de la régulation sont soumis à consultation du gouvernement ,d'un Ministre ou de toute autre autorité ,ou même dans certains cas doivent être approuvés par ces derniers . Une telle consultation ou approbation doit être clairement définie par la loi.

4° Pouvoirs adéquats et ressources suffisantes

Le régulateur doit jouir des pouvoirs adéquats et disposer de ressources suffisantes et de l'autorité nécessaire pour bien assurer ses fonctions et ses pouvoirs.

Il s'agit de pouvoirs d'accorder des licences, des autorisations, de surveiller, d'enquêter et de faire appliquer les lois dans le secteur.

De ce fait, tout ceci nécessite obligatoirement la mise en place d'un financement adéquat pour le régulateur afin que celui –ci ait des moyens d'accomplir les tâches qui lui incombent.

Le niveau de ressources doit prendre en compte la difficulté d'attirer et de motiver le personnel expérimenté disposant de compétences qui ont une valeur pour le secteur privé.

Le régulateur doit assurer que son personnel reçoit en permanence une formation adéquate.

5° Procédures réglementaires claires et cohérentes

Dans l'exercice de ses pouvoirs et en assumant ses fonctions, le régulateur doit adopter des processus qui soient :

- appliqués de manière cohérente ;
- compréhensible ;
- transparents vis-à-vis du public ;
- juste et équitable.

6° Comportement du Personnel

Le personnel de la régulation doit respecter les normes professionnelles les plus élevées et recevoir des directives claires en matière de conduite, notamment :

- les règles visant à éviter le conflit d'intérêt ;
- l'utilisation idoine des informations obtenues en exerçant ses pouvoirs et assurant ses responsabilités ;
- le bon respect des règles de confidentialité et de direction ainsi que la protection des données personnelles
- l'équité en matière de procédure

Ce principe n'est pas toujours juridiquement possible ni réaliste à appliquer mais il devrait être présent à l'esprit, car il agit contre la centralisation de la politique et de la prise de décision.

C. Fonctions ou statut du régulateur

L'on ne peut pas clore le point relatif aux considérations générales sur la régulation sans préciser, au regard de tout ce qui précède, le vrai statut du régulateur dans la sphère étatique.

Le régulateur est une institution publique située auprès du gouvernement soumise au droit public et agit dans le cadre des règles fixées par le parlement, des orientations économiques fixées par le gouvernement et financées par des fonds publics et/ou par les contributions des opérateurs essentiellement.

Il est également une autorité (au sens juridique du terme) dotée d'un pouvoir autonome de décision et/ou d'influence dans un secteur ou plusieurs secteurs, il a la charge de tous les secteurs économiques (conseil de la concurrence) ou d'un seul secteur (télécommunication par exemple).

La régulation suit l'application des règles édictées par la mise en œuvre de processus ou de procédures d'arbitrage, de contrôle et de sanctions administratives notamment pécuniaires. Ce n'est pas une juridiction, car dépourvue de tout lien organique ou fonctionnel avec l'organisation des cours et tribunaux. Ses actes peuvent être attaqués devant les tribunaux.

L'indépendance ou l'autonomie du régulateur est apprécié par rapport au pouvoir politique notamment le gouvernement (prise de décision, moyens financiers et humains) et par rapport aux opérateurs (arbitrage et sanctions). Ainsi existe-t-il une diversité des solutions :

- a) Diversité des appellations et de statuts (autorité, agence, commission, instance, institut, etc.) ;
- b) Diversité concernant le rattachement (chef de l'Etat, premier Ministre, Ministre des Télécommunications). En République Démocratique du Congo, le régulateur est rattaché au Président de la République (Chef de l'Etat) ;
- c) Diversité des sources de nomination (Chef de l'Etat, Président du Parlement, Premier Ministre, Ministre en charge des Télécommunications). En République Démocratique du Congo, c'est le Président de la République qui nomme les membres du Collège de l'ARPTC, après avoir été désigné par le Parlement, le Ministère des PTT ;
- d) Diversité du statut et du nombre des membres d'un conseil (nommés pour une période déterminée renouvelable ou non) ;
- e) Diversité des pouvoirs (partagés ou propres) ;
- f) Diversité des champs d'action (sectoriel ou multisectoriel incluant soit télécommunications et postes, audiovisuel,...) ;
- g) Diversités particulières en matière de gestion des fréquences (attribuées à l'organe de régulation des télécommunications ou à un groupe spécifique) et en matière de protection des consommateurs ;
- h) Diversité des contrôles (politique, administratif, financier) ;
- i) Diversité des moyens financiers (budget de l'Etat ou financement par le secteur ou les deux) ;
- j) Diversité des recours juridictionnels, contre les décisions du régulateur (juge administratif, juge commercial, juge de droit commun).

I.2. Section II : De l'exploitation des Télécommunications

L'ouverture du marché à la concurrence appelle la protection de tous ceux qui oeuvrent dans différents secteurs à potentialités économiques comme leurs consommateurs. Ainsi un droit de la régulation s'est-il mis en place, au-delà des branches classiques, au-delà de la distinction du droit public et du droit privé. Il a pour objet des secteurs devant jouir de l'équilibre du point de vue concurrence, transparence oblige. Il s'agit, entre autres secteurs, des finances, de l'énergie, des transports, de la santé, des Télécommunications, des partisans.

En effet, des secteurs de l'économie peuvent être laissés au libre jeu du marché. C'est en principe le cas des marchés de biens et services. Bien sûr, le droit a sa part en la matière parce que le marché ne fonctionne qu'articulé sur des règles de droit – celles du contrat par exemple – et parce que constitue le garde-fou du système économique libéral, par le droit de la concurrence. Le droit de la régulation se distingue du droit de la concurrence car, s'il est vrai qu'on y trouve l'importance de la concurrence, il s'agit d'un droit qui la construit et le maintien et non pas d'un droit qui la garde simplement en l'état.

Par exemple, l'Autorité de Régulation des Télécommunications de la France (ART) a pour objectif de construire un marché concurrentiel, en favorisant les nouveaux entrants sur ce marché, alors que le Conseil de la concurrence, d'une façon plus passive, sanctionne de manière neutre des comportements dommageables au marché, sans contribuer directement à la maturation du marché.

Au-delà de ces considérations générales, seules la régulation du secteur des télécommunications intéresse la présente étude. Des notions de Télécommunication, nous arriverons au fondement et fonctionnement de l'Autorité de Régulation.

I.2.1. NOTIONS DES TELECOMMUNICATIONS ET REGULATION

Les télécommunications renferment toutes les techniques (filaire, radio, optique, etc.) de transfert d'information peu importe la nature (symboles, écrits images fixes ou animées, sons ou autres).

Le législateur congolais n'est pas très loin de cette définition, lorsqu'il présente les télécommunications comme toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques.

C'est à la fin du XIX^{ième} siècle qu'a commencé, aux Etats-Unis et au Canada, la réglementation par l'Etat des opérations des télécommunications du secteur privé. Par contre, dans la plupart des pays, les réseaux de télécommunication ont été exploités par des administrations publiques pendant la plus grande partie du XX^{ième} siècle.

Dans la majorité des pays, les pouvoirs publics exploitaient les télécommunications de la même manière que les services publics des postes, des chemins de fer ou des transports routiers.

Cette situation s'est renversée de façon spectaculaire au cours des dix dernières années, époque où des dizaines de pays ont privatisé leurs entreprises d'exploitation des télécommunications et une vague d'initiatives politiques mettant en place la concurrence et la dérégulation dans le

domaine des télécommunications déferla sur la planète, à cause des changements sans précédents dans l'industrie mondiale des télécommunications.

Cette libéralisation des marchés des télécommunications résultait de l'action de plusieurs facteurs :

- expansion des marchés de télécommunication, lesquels apportaient des innovations (prestation de services plus rapide, et meilleure qualité de services pour les clients) ;
- nécessité de faire appel à des capitaux privés pour développer, perfectionner les réseaux et pour mettre en place de nouveaux services ;
- développement de l'Internet, lequel a fait que le trafic de données a supplanté le trafic vocal dans beaucoup de pays, la conséquence étant l'apparition d'un grand nombre de nouveaux prestataires de services ;
- croissance des services mobiles et d'autres services hertziens, lesquels se sont substitués à des réseaux fixes et ont ouvert les marchés de télécommunications à de nouveaux prestataires ;
- développement des courants commerciaux internationaux dans les services de télécommunication fournis dans des proportions toujours plus grandes par des prestataires transnationaux et de stature mondiale.

Consécutivement, plusieurs autorités de régulation ont été mises en place en même temps que beaucoup d'administrations publiques des télécommunications étaient privatisées. L'objectif général de ces nouvelles agences était de faire en sorte qu'il n'y ait pas d'interruption dans la réalisation des objectifs de politique publique poursuivis dans le secteur. On peut concevoir qu'une régulation soit inutile s'agissant de monopoles d'Etat ; bien au contraire, elle est généralement requise dans le cas des monopoles privés.

Un autre facteur qui a rendu nécessaire la mise en place de nouveaux régulateur, c'est l'apparition de concurrents dans nombre de marchés nouvellement privatisés, les régulateurs agissant comme des arbitres entre les nouveaux venus et les opérateurs historiques.

Les archives de l'UIT (Union Internationale des Télécommunications) indiquent qu'en 1990, 12 pays possédaient des autorités de régulation des télécommunications qui fonctionnaient indépendamment des opérateurs.

L'expression « régulateurs séparés » désigne généralement des agences qui opèrent indépendamment des ministères ou des administrations des PTT chargées elles aussi de la prestation de services de télécommunication.

En août 1999, le nombre des régulateurs étant passé à 84. Neuf nouvelles agences de régulation ont vu le jour, entre la mi-98 et la mi-99. A la fin de l'année 2000, le nombre avoisinait 96 et continuait à augmenter².

Le développement des autorités de régulation est un processus remarquable, mais il convient de le mettre en perspective. Dans de nombreux cas, les nouveaux régulateurs ont pris en charge les fonctions des administrations des PTT ou celles des ministres.

¹ Hank Internen et Alü ; Manuel sur la réglementation des télécommunications. Washington, 2000, P. 5

De ce fait, dans de nombreux pays, la mise en place des régulateurs séparés n'entraîne pas forcément un gonflement de l'effectif des fonctionnaires exerçant des fonctions de régulation. Autre considération ; on peut s'attendre à une intensification de l'activité de régulation au moment de la privatisation et de l'introduction de la concurrence, mais ces interventions sont destinées à décroître notablement une fois que les marchés concurrentiels seront devenus réalité.

I.2.2. PROBLEMATIQUE DE L'INTERNET ET DE REGULATION

Il y a lieu de noter qu'à ce jour, avec l'apparition de l'Internet, les télécommunications ont maintenant débordé les domaines de la télégraphie et de la téléphonie, la formidable évolution technologique aidant.

D'où des nouvelles définitions comme celle de « la communication au public en ligne » présentée comme toute transmission sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ; tandis que le courrier électronique c'est tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur de réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère.¹

Les origines de l'Internet remontent au réseau Arpanet créé dans les années 1960 par des chercheurs de département de la Défense des Etats-Unis, qui souhaitaient créer un réseau de communication décentralisé, capable de résister à une attaque nucléaire. Dans les années 1970, les universités américaines se réapproprient le projet pour créer « un réseau de réseaux » ; le terme « Internet » (Interconnected Networks) apparaît alors.

Les règles de fonctionnement d'Internet sont formalisées en 1974, avec la création du protocole TCP/IP (« Transmission Control Protocol » et « Internet Protocol ») ; puis Internet se démocratise avec la création du World Wide Web en 1991 par le CERN (Centre Européen de Recherche Nucléaire) en Suisse et l'utilisation de l'hypertexte (codé selon le protocole HTML : Hyper Text Markup Language).

L'Internet a, dès le départ été conçu pour que l'information puisse circuler librement. Il s'agit donc d'un réseau ouvert de télécommunication global et décentralisé permettant des communications interactives. La spécificité d'Internet est d'être un espace sans frontières. A ce titre, Internet est le symbole même de la liberté de l'information, et le débat sur la liberté d'expression sur Internet est par nature un débat international.

Internet n'est pas un « médecin » à proprement parler, c'est un protocole informatique offrant différents services ; la communication de messages (courrier électronique, messages instantanés) comme la diffusion d'information diverses, personnelles ou commerciales, presse écrite « en ligne », services de radio ou de télévision, comprenant une dimension interactive qui permet la réalisation des transactions (comme électronique).

Certains de ces services peuvent avoir une nature juridique mixte, présentant des aspects de communication au public ou à des catégories de public et d'autres de pure correspondance

¹ Diane DE BELLESCIZE et Laurence FRANCESCHIMINI, « Droit de la communication, Ternis Droit », P.U.F, Paris, 2005, p. 441

privée. Internet est ainsi l'illustration de la convergence, puisque le support, le vecteur de diffusion de l'information devient neutre et n'est plus dédié à un service de nature particulière.

Par ailleurs, composé en partie de service de communication au public, Internet ne saurait faire l'objet de la dérégulation opérante aux services de télécommunication et à leur libéralisation hormis les seuls services de correspondance privée ou des prestations de nature techniques visant à acheminer les communications électroniques. Il ne saurait non plus faire l'objet de réglementations comparables à celles des quotas de diffusion ou de production qui seraient par nature incontrôlables et difficilement applicables à des services largement « à la demande ».

En revanche, compte tenu de son impact sur le public, il devra obéir au respect de principes fondamentaux qui gouvernent la liberté d'expression tout en respectant ses limites.

Cela pose le problème du droit applicable à l'Internet. Autrement dit, existe-t-il un droit propre à l'Internet ? Contrairement à certaines langues, il en existe un ; et M. Christian Paul d'écrire dans son rapport à son Premier Ministre « Les Internautes sont de vraies personnes qui résident quelque part et ne sont généralement pas prêts à s'expatrier pour le seul plaisir de publier les photos demandées d'un top model. Les entreprises actives sur Internet ont un siège social, des établissements, des comptes en banque. Les échanges, les actes commerciaux, les délits... y sont bien réels avec des conséquences tangibles sur des personnes réelles. En outre, avec peu de compétences et de coopération internationale, l'expérience montre qu'il est le plus souvent possible de retrouver la trace d'un délinquant ».¹

Certes, Internet décuple les risques, déjà présents dans les systèmes classiques de diffusion, au regard du traitement de l'information : manipulation des images et des informations diffusées, délits de fausses nouvelles, atteintes multiples à l'ordre public (propos révisionnistes, xénophobes, appels au meurtre, etc.) avec le danger de manipulation des esprits y afférant.

Avec Internet, en effet, tout le monde peut « fabriquer » de l'information et diffuser des informations. Cet excès d'information, dont la fiabilité est incertaine dans certains cas peut donc tuer l'information elle-même. La surinformation devient alors source de désinformation. Le caractère transnational du réseau et la fugacité des contenus ne facilitent pas la tâche du juriste, confronté à de multiples incertitudes concernant la loi applicable et la juridiction compétente. L'harmonisation des législations se heurte aux différences importantes qui séparent les systèmes juridiques, mais elle a débuté au niveau européen : la directive sur les signatures électroniques adoptée en 1999, la directive sur certains aspects du commerce électronique, finalisée en 2000, sont les premiers pas dans cette voie.²

A ce jour, le droit de l'Internet recoupe le droit commun dans chacune de ses branches. Le droit en vigueur permet de répondre dans la plupart des cas aux besoins, même si des adaptations sont nécessaires dans un grand nombre de domaines : questions liées à la sécurisation des données personnelles, à la protection des consommateurs, au droit d'auteur, à l'ensemble des problèmes

¹ M. Christian Paul, Du droit et des libertés sur l'Internet, rapport au Premier Ministre, Paris, La Documentation française, 2002, P.12

² Diane de Bellescize et L. Franceschine, « op. Cit. », p. 438

liés au commerce électronique et, surtout, s'agissant du droit de la communication, aux problèmes de responsabilités (pénale comme civile).

Le contrôle des contenus illicites a été une des premières préoccupations des juristes : diffamations, appels à la haine raciale, menaces voilà pourquoi la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique renvoie à la loi du 29 juillet 1881 et à l'application des règles pénales traditionnelles pour tous les « délits de presse ». De même, les dispositions sanctionnant les atteintes à la vie privée et au droit à l'image permettent au juge de « prononcer toutes mesures propres à faire cesser l'atteinte à l'intimité de la vie privée » ; elles sont d'ores et déjà utilisées fréquemment sur Internet ; de même, les dispositions protégeant les mineurs.

Si l'Internet n'engendre pas de problèmes majeurs de réglementation, il pose néanmoins une réelle question de contrôle, de responsabilité, d'identification des auteurs d'une infraction sans laquelle aucune sanction ne peut aboutir et de localisation de celle-là. Car l'originalité intrinsèque d'Internet, c'est la volatilité et la fugacité des informations diffusées ; c'est également le fait qu'une information peut être modifiée par quiconque à tout moment ; c'est enfin la multiplication des diffuseurs d'information qui peut être modifiée par quiconque à tout moment ; C'est enfin la multiplication des diffuseurs d'information, chacun pouvant diffuser des informations sur ses pages personnelles sur un forum, sur un « blog » (abréviation de « weblog » : journal personnel sur Web) ou sur un réseau « pair à pair ». En cela Internet implique, outre la réglementation, une régulation : le seul contrôle a posteriori du juge pénal ne saurait, ici, suffire si l'on veut minimiser les risques de dérapage au nom de l'intérêt général.

L'adoption des règles existantes constitue donc une priorité pour le législateur. Le projet de loi sur « la société de l'information », qui n'a pas été adopté, n'entendait pas « créer un droit spécifique pour les réseaux et les contenus numériques », mais « seulement assurer l'adaptation des règles en vigueur à la société de l'information ». Tel est l'objet de la loi sur la confiance dans l'économie numérique.

I.2.3. FONDEMENT ET FONCTIONNEMENT DE L'AUTORITE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

Il est intéressant, avant d'expliquer le fonctionnement du régulateur des télécommunications (son office, mieux ses pouvoirs), d'en préciser le fondement et raisons à la base de l'organisation de la régulation pour ce secteur.

Jusqu'à une époque récente, dans nombre de pays, un seul ministère ou une autre administration gouvernementale cumulait les rôles d'instance décisionnaire pour les télécommunications, des propriétaires et d'exploitants du réseau national de télécommunication. On jugerait inutile d'avoir une instance de régulation dans cet environnement. Fréquemment, les mêmes fonctionnaires de l'Etat intervenaient dans les prises de décisions en matières de politiques générales, la mise en œuvre de ces politiques et l'exploitation du service téléphonique.

La privatisation et la libéralisation des marchés ont conduit à une réorganisation des institutions gouvernementales du secteur des télécommunications.

Le modèle institutionnel le plus couramment utilisé de nos jours dans les économies des marchés des pays développés du monde entier est le suivant : trois organismes se chargent chacun d'une fonction ; à savoir le ministère (des PTT) ou l'Instance exécutive, pour l'élaboration de la politique générale ; l'Autorité de régulation séparée, pour la réglementation ;

et enfin, l'Exploitant privé ou commercial, pour l'exploitation des réseaux ou la prestation des services¹

Cette structure est compatible avec la prestation de services de télécommunication sur le marché, par opposition à la prestation par des organismes d'Etat. Elle facilite également le respect des dispositions du Document de référence de l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce) sur les télécommunications de base, car il y est prévu un régulateur indépendant de l'opérateur des télécommunications.

Les caractéristiques de cette structure sont :

- les fonctionnaires sont à même de définir les politiques générales dans le souci de l'intérêt national sans que l'on ait à craindre d'incompatibilités du fait de leur rôle éventuel de propriétaire, de gestionnaires ou d'employé des opérateurs des télécommunications. En particulier, les gouvernements sont plus enclins à introduire un degré élevé de concurrence dans les marchés des télécommunications, s'ils ne sont pas également le principal opérateur ;
- les autorités de régulation séparées sont en mesure de mettre en œuvre la politique des pouvoirs publics de façon objective et impartiale. Du fait de l'indépendance des régulateurs à l'égard des opérateurs étatisés, il est plus facile à ces régulateurs d'agir impartialement à l'égard de toutes les parties prenantes du marché, par exemple dans les questions se rapportant à la politique en matière de concurrence ou à l'interconnexion ;
- en général, la confiance du marché dans l'impartialité des décisions de régulation augmente en même temps que le degré d'indépendance du régulateur à l'égard des opérateurs et des pouvoirs publics. Cette confiance est le moteur d'investissements accrus (étrangers et nationaux) dans les activités des opérateurs historiques et dans celles des nouveaux venus ;
- les opérateurs privés sont à même de prendre des décisions économiques rationnelles au sujet de la prestation de services de télécommunication, sans qu'il y ait à craindre de tiraillements comme c'est le cas en régime de propriété d'Etat ;
- certaines administrations des PTT avaient coutume de maintenir des effectifs de personnel excessifs, pour des raisons d'ordre politique ou des raisons n'ayant rien à voir avec l'économie. Les conséquences étaient un manque d'efficacité et du surcroît pour les usagers. Dans la plupart de cas, la privatisation de la gestion des télécommunications a eu un effet d'amplification sur la prestation des services et a entraîné une réduction des coûts. La « commercialisation » des entreprises d'Etat est aussi un moyen de mieux protéger les opérateurs contre les ingérences des pouvoirs publics, comparativement aux PTT traditionnelles. Toutefois, le degré de protection dépend du degré d'indépendance accordé aux entreprises d'Etat « commercialisées ».

L'important dans la structure sous examen c'est la séparation entre le régulateur et le ou les opérateurs de télécommunication présents sur le marché. Une telle séparation inspire confiance au marché et favorise le respect des obligations commerciales internationales. Aux yeux de nombreux experts des télécommunications, une condition tout aussi importante est l'indépendance du régulateur à l'égard du gouvernement.

¹ Hank Inteven et Mc Carthy Téralut, Manuel sur la réglementation des télécommunications, info dev, Wanshington, 2000, p.

Dans la pratique, le degré de cette indépendance varie considérablement d'un pays à un autre. Il dépend des structures juridique, politique et institutionnelle de chaque pays. C'est dans un petit nombre de pays seulement que les régulateurs sont complètement indépendants de pouvoirs publics. A tout le moins, la plus part de régulateurs sont désignés et payés par les gouvernements, lesquels fixent ou contribuent à leur budget.

Il est tout à fait justifié de renforcer le degré d'indépendance des régulateurs vis-à-vis des pouvoirs publics. Cette indépendance garantit la neutralité et une certaine immunité à l'égard des pressions politiques et des pressions sur le plan de l'exploitation. Cette perception de l'indépendance est particulièrement importante dans le cas où un Etat conserve la propriété de l'opérateur public de télécommunication (PTO : Public Telecommunication Operator).

En général, les opérateurs des télécommunications et les investisseurs auront davantage confiance dans l'aptitude d'un organisme indépendant à réguler le marché objectivement et avec le souci de la transparence. Cela peut se traduire par un plus grand volume d'investissement dans le secteur, avec les avantages économiques qui en découlent. Toutefois, ce climat de confiance dépend de la crédibilité du régulateur, qu'il devra faire la preuve de sa capacité à s'acquitter de sa tâche avec professionnalisme et impartialité ?

Dans certains pays, la séparation entre les régulateurs et les pouvoirs publics permet aussi de mieux rémunérer les personnels chargés des opérations de réglementation. Cette circonstance peut être importante dans des pays dont l'économie est en développement ou en phase de transition, pays où, en raison du niveau extrêmement bas des salaires dans la fonction publique, il est difficile d'attirer et de retenir des personnels hautement qualifiés et capables de résister à la corruption. Il y a même risque de migration, vers le secteur privé, des éléments du personnel des régulateurs, si ces derniers n'appliquent pas des échelles de salaires compétitives.

Toutefois, l'indépendance du régulateur n'est pas synonyme d'indépendance à l'égard des lois et des principes de la politique générale du pays. Le mandat d'un régulateur indépendant doit être énoncé clairement dans les lois nationales. Les régulateurs seront responsables devant le législateur ou devant d'autres départements ministériels. Cette responsabilité sera concrétisée par la présentation de rapports annuels ou par des auditions devant des commissions parlementaires, à charge pour le régulateur de démontrer, en toute transparence, qu'il a exécuté son mandat de façon satisfaisante.

II. CHAPITRE II : REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS DANS LE MONDE ET EN AFRIQUE

Dans ce chapitre, nous allons présenter l'exercice de la fonction de régulation dans le monde et en Afrique en prenant soins de donner la nature et les attributions des organes de régulation des télécommunications ; ainsi les points ci-après sont abordés : agences internationales ou organes intervenant dans la régulation des télécommunications, accès universel et l'interconnexion dans les télécommunications, contexte mondial et africain de la régulation des télécommunications et la privatisation dans le secteur des télécoms.

II.1. Section I : Agences internationales ou organes intervenant dans la régulation des télécommunications

Le domaine des télécommunications comme bien d'autres domaines préoccupent la communauté internationale ; et certains Organismes ou Agences des Nations Unies y consacrent leurs activités. C'est le cas de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) et l'Union Internationale des Télécommunications (U.I.T.) à laquelle nous consacrons ces quelques lignes.

L'UIT a été fondée à Paris en 1865, sous le nom d'Union Télégraphique Internationale, Rebaptisée Union Internationale des Télécommunications en 1934, elle est devenue une institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies en 1947. L'UIT est ainsi une organisation mondiale qui regroupe des membres du secteur public et du secteur privé compétents pour les questions de télécommunication.

Sa mission concerne les domaines suivants :

1. Le domaine technique : Favoriser le développement et l'exploitation efficace des moyens de télécommunication, en vue d'augmenter le rendement des services de télécommunication, d'accroître leur utilité et de généraliser leur utilisation par le public ;
2. Le domaine de développement : promouvoir et offrir l'assistance technique aux pays en développement dans le domaine des télécommunications, promouvoir la mobilisation des ressources humaines et financières nécessaires au développement des télécommunications et s'efforcer d'étendre les avantages des nouvelles technologies de télécommunications à tous les habitants de la planète ;
3. Le domaine de politique générale : promouvoir, au niveau international, l'adoption d'une approche plus générale des questions de télécommunication dans l'économie et la société mondiales de l'information.

Au 1^{er} juillet 2000, l'UIT comptait 189 Etats Membres et plus de 600 membres des Secteurs, les derniers comprennent des compagnies scientifiques et industrielles, des opérateurs publics et privés, des organismes de radiodiffusion et des organisations régionales comme internationales.

Les organes de l'Union Internationale des Télécommunications sont :

4. La Conférence de plénipotentiaires, organe suprême de l'Union, qui se réunit tous les quatre ans pour adopter le plan stratégique et les principes généraux de l'organisation, modifier la constitution et la convention, s'il y a lieu, et adopter un plan financier pour la période quadriennale suivante.
5. Le Conseil, composé de 46 Etats membres de l'UIT (25% du nombre des Etats membres). Le Conseil agit au nom de la conférence de plénipotentiaires. Il se réunit chaque année pour étudier les grandes questions de politique générale des télécommunications, afin que les orientations politiques et la stratégie de l'Union soient adaptées à l'environnement des télécommunications qui est en perpétuelle mutation. Le Conseil est, en outre, chargé d'assurer une coordination efficace des travaux de l'Union et d'approuver ses budgets.
6. Les Conférences mondiales sur les télécommunications internationales qui sont convoquées périodiquement pour examiner et réviser le règlement des télécommunications internationales. Ce règlement constitue un traité international qui régit la prestation et l'exploitation des services de transport y afférents qui sont utilisés pour la fourniture de ces services. Le règlement représente un large cadre fondamental sur lequel les administrations et les opérations des télécommunications peuvent s'appuyer pour fournir les services de télécommunication internationaux.
7. Le Secteur des radiocommunications (UIT-R) est chargé d'établir les techniques et les procédures d'exploitation des services des communications hertziennes. Il remplit aussi un rôle central dans la gestion du spectre des fréquences radioélectriques. Sans le rôle de coordination mondial pour l'utilisation du spectre, le secteur des radiocommunications élabore le règlement des radiocommunications, ensemble de règles internationales obligatoires qui régissent l'utilisation du spectre par quelques 40 services de radiocommunication différents dans le monde entier.

Par ailleurs, par le truchement de son Bureau, le secteur joue le rôle d'instance centrale d'enregistrement pour l'utilisation des fréquences à l'échelle internationale. Il tient à jour le Fichier de référence international des fréquences en y faisant des inscriptions ; à l'heure actuelle, ce fichier contient environ 1.265.000 assignations pour 1.400 réseaux à satellite et encore 4.265 assignations destinées aux stations terriennes des services spatiaux¹

En plus, l'UIT-R coordonne les travaux visant à ce que les satellites de télécommunication de radiodiffusion et de météorologie puissent coexister sans que des brouillages mutuels préjudiciables soient causés à leurs services respectifs, etc.

8. Le secteur de la normalisation des télécommunications (UIT) coordonne les activités de normalisation des télécommunications internationales des séries UIT. Ce secteur est chargé des travaux de normalisation de l'UIT qui ont débuté il y a plus de 13 ans. Parmi les travaux effectués des systèmes basés sur ce protocole.

Les fonctions législatives et de politique générale de ce secteur s'exercent par le biais d'Assemblées mondiales de normalisation des télécommunications dont les travaux reposent sur les activités des commissions d'études de l'UIT.

9. Le secteur du développement des télécommunications (UIT) exerce les responsabilités de l'UIT en tant qu'institution spécialisée de l'Organisation des Nations Unies et agent

¹ Hank Interven, op.cit, p. 12

d'exécution pour la mise en œuvre de projets dans le cadre du système de développement des Nations Unies ou d'autres arrangements de financement.

L'UIT-D assure une présence régionale grâce à onze bureaux situés en Afrique, dans les Etats arabes, en Asie, dans les Caraïbes et en Amérique latine. Les deux commissions d'études de ce secteur étudient les problèmes clés du développement des télécommunications et les politiques générales qu'il y a lieu d'appliquer en cette matière. Elles spécifient également les meilleures pratiques commerciales aux prix de la mise en place de la question et de la maintenance des réseaux et des services.

Les activités de ce secteur portent sur divers sujets : fourniture d'avis sur les politiques générales et la réglementation, sur le financement des télécommunications et les options technologiques de coût modique, assistance en matière de gestion des ressources humaines, prises d'initiatives au titre du développement des zones rurales et de l'accès universel.

L'UIT-D met l'accent sur les partenariats avec le secteur privé.

10. Le secrétaire général est chargé des aspects administratifs et financiers des activités de l'UIT, notamment : mise à disposition des services de conférence, gestion de l'infrastructure et des applications de la technologie de l'information, planification stratégique et fonctions de secteur privé (consommation, avis juridiques, finances, personnel et services communs). Il se charge également de l'organisation mondiale et régionale.

Pour boucler ce point des agences ou organes intervenant dans les télécommunications, disons qu'il y en a plusieurs qui oeuvrent à côté de l'UIT notamment : l'Association des Organes de Régulation des Télécommunications d'Afrique Australe (TRASA), l'Association Ouest Africaine des Organisations de Télécommunication, (WATRA), la Banque Africaine de Développement (AFDB), la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD), la Banque Interaméricaine de Développement (BID), le Bureau Européen des Télécommunications (ETO), la Commission Européenne DGIS, la Commission Interaméricaine des Télécommunications (CITEL), la Communauté Régionale des Commissions (RCC), la Conférence Européenne des Postes et des Télécommunications (CEPT), le Conseil de Coopération du Golfe (GCC), l'organisation Mondiale pour le Commerce (O.M.C.) etc.

II.2. Section II : Accès universel et l'interconnexion dans les Télécommunications

Il est indispensable de dire un mot sur les deux concepts clés de la régulation dans le contexte mondial et africain.

II.2.1. ACCES UNIVERSEL

Les communications modernes sont généralement considérées comme indispensables à la concurrence internationale, à l'ère de l'information. C'est pour cette raison que la plupart des nations développées tiennent absolument à étendre l'accès à large bande et, aussi rapidement s'efforcent de rendre les services Internet de base accessibles à un nombre croissant de communautés.

L'accès universel est assurément une préoccupation pour la plupart de pays. Un certain nombre d'entre eux élaborent de nouvelles politiques et des réglementations pour concilier les avantages de services numériques évolués et le nécessaire accès universel dans le domaine des

télécommunications. Aujourd'hui, quelque soit leur niveau de développement économique et social, les pays reconnaissent l'importance que revêtent les technologies de communication dans le développement.

L'expression « accès universel », ainsi que sa variante « service universel » ont été définies et employées de diverses manières, selon les traditions juridiques, culturelles et philosophiques et peut être plus encore en fonction du stade de développement du réseau du pays. Certains auteurs utilisent ces deux termes presque l'un pour l'autre, bien que souvent l'expression « service universel » signifie un téléphone dans chaque maison, alors que « accès universel » correspond à une moindre disponibilité des moyens de télécommunications, par exemple l'installation de publiphones dans chaque agglomération¹.

Toutefois, il existe un élément commun à la plupart de ces conceptions si ce n'est à toutes. L'accès auquel on se réfère est considéré comme essentiel ou fortement souhaitable pour tout le monde, tout comme l'eau potable, la nourriture, les combustibles et le logement.

Le développement de l'infrastructure et des services de télécommunication dépend d'un certain nombre de facteurs : l'innovation technologique et la réduction des coûts qui vont, en général, de pair sont assurément déterminants en ce qui concerne l'essor des réseaux et des services ; des configurations particulières de marché et certaines conditions liées à l'offre de service se sont également révélées être des catalyseurs de l'expansion des services parmi les pays, mais la méthode la plus propice au développement des services de télécommunication semble être, pour le moment, l'adoption de mesures d'incitation réglementaires adéquates.

L'ouverture des réseaux à la concurrence est en soi perçue dans la plupart des pays comme le meilleur moyen de généraliser l'accès, étant donné qu'elle fait baisser les prix et injecte un nouveau dynamisme dans le secteur. De manière plus générale, le nouvel environnement concurrentiel offre aux régulateurs des possibilités considérables de conclure des marchés avec les entreprises soumises à la réglementation. Les gains, au niveau de la réglementation, pourraient, fort bien, être de nature sociale.

La plupart des règlements concernant l'accès universel visent à permettre une concurrence effective qui ne s'exerce pas au détriment de l'accès universel. Cela signifie, en général, chercher à rééquilibrer les prix, pour refléter les coûts et donc faciliter l'arrivée de concurrents. Dans le même temps, ces règlements tendent à protéger les groupes vulnérables contre des augmentations excessives de prix. Dans les pays développés, cela est relativement facile à obtenir : d'énormes subventions croisées destinées à l'ensemble des abonnements au réseau peuvent être progressivement remplacées par des subventions ciblées, destinées à certains utilisateurs uniquement.

Mais dans les pays en développement, il se peut qu'il n'y ait pas de solutions faciles. La chute rapide des taxes de répartition internationales est à l'origine de problèmes particuliers dans de nombreux pays dont les recettes issues auparavant d'un fort excédent des entrées monétaires sur les sorties diminuent. Soit la concurrence doit attendre, soit les prix des communications à l'intérieur du pays doivent augmenter dans les proportions telles que les services ne sont plus à la portée de nombreux abonnés ou d'abonnés potentiels, soit on envisage les deux solutions.

¹ Union Internationale des Télécommunications, Tendances des réformes dans les télécommunications et réglementation, UIT, Genève, 1999, pp 65 et 77

La concurrence devrait bénéficier enfin de compte à tous les consommateurs, car elle fera baisser à nouveaux les prix. Comme les prix de l'abonnement doivent être souvent revus à la hausse pour couvrir les coûts, il faudra toutefois beaucoup de temps avant que les utilisateurs qui téléphonent peu commencent à profiter de la baisse en termes réels. Il convient, donc, de trouver à moyen terme, comme c'est le cas de la décision prise récemment par l'organe de régulation indien (TRAI) de limiter l'augmentation de l'abonnement des ruraux qui téléphonent peu, tout en autorisant l'augmentation plus forte de celui d'autres groupes aux fins de recouvrement des coûts. Il en va de même de la Commission de Règlement des Télécommunications du SRI LANKA qui a récemment autorisé une augmentation de 67% de l'abonnement des professionnels tout en maintenant inchangé celui des particuliers¹.

C'est ainsi que la licence de SRI LANKA TELECOM comporte, par exemple, une clause intitulée « Dispositions particulières en faveur des défavorisés », aux termes de laquelle l'opérateur est tenu de consulter l'organe de réglementation en vue d'assurer la fourniture de services propres à satisfaire les exigences raisonnables des handicapés (en particulier les malentendants) et des personnes du troisième âge. Car dans sa politique relative aux télécommunications, le SRI LANKA s'est fixé comme objectif : mettre les télécommunications à la disposition de tous, à des tarifs fondés sur les coûts ; assurer un service universel en desservant la totalité du pays et en particulier tous les villages. Ce qui suppose un accès facile aux installations de télécommunication de base telles que le téléphone, le télégraphe et la télécopie pour tous et à des prix raisonnables.

II.2.2. INTERCONNEXION

Elle est connue comme étant un facteur clé du développement de la concurrence dans l'industrie des télécommunications. En d'autres termes, l'interconnexion est l'ensemble des arrangements juridiques, techniques et économiques entre les opérateurs de réseau qui permettent à des clients connectés à un réseau de communiquer avec des clients d'autres réseaux.

Compte tenu de l'importance de l'évolution, récemment, survenue dans le domaine de l'interconnexion entre exploitants de télécommunications publiques et du rôle joué par les autorités nationales chargées de la réglementation dans cette évolution, il est important de mettre un accent sur les aspects principaux du cadre réglementaire relatif à l'interconnexion. Et d'après l'UIT, l'interconnexion peut réglementer du point de vue économique et du point de vue social.

D'un point de vue économique, il peut y avoir deux raisons de réglementer l'interconnexion : la réalisation d'économies d'échelle et de gamme ; et l'existence d'externalités de réseau. En effet, la nature de l'économie de réseaux dans le domaine de la fourniture de services de télécommunications de base fait que le fournisseur de services de télécommunications déjà en place sur le marché est en position de force.

L'opérateur déjà en place sur le marché peut être tenté d'exercer sa puissance commerciale à l'encontre d'un nouvel arrivant pour augmenter les coûts de son concurrent par le biais de l'interconnexion ou simplement pour l'empêcher d'accéder au marché. La négociation privée entre des parties ayant un rapport de force égal peut donner de bons résultats. Cependant, l'important pouvoir de négociation de l'exploitant en place peut l'amener à offrir à ses concurrents des conditions désavantageuses en matière d'interconnexion afin de retarder ou d'affaiblir la concurrence ou encore à augmenter des frais d'interconnexion élevés.

¹ UIT, op. cit ., p. 69

Même si une négociation privée donne un résultat satisfaisant pour les deux parties, ce résultat peut ne pas être socialement utile, ainsi qu'en témoignent les cas de collusion visant à décourager la concurrence ou à empêcher de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché. Dans de tels cas, il peut être nécessaire de faire appel à l'intervention des pouvoirs publics puisque les tiers intéressés, en l'occurrence les consommateurs, ne sont pas partie prenante au processus de négociation.

D'un point de vue social, en cas d'externalités de réseaux favorables, les abonnés du premier réseau interconnecté bénéficient d'avantages additionnels, sans frais supplémentaires, lorsqu'ils communiquent avec des abonnés du second réseau et vice-versa. C'est pourquoi, un réseau entièrement interconnecté optimise les externalités de ce réseau, ce qui, en fait, fait donc la structure la plus efficace en matière de fourniture de services.

A cet égard, on peut dire notamment qu'un opérateur en place qui empêche un autre opérateur d'accéder au marché en lui refusant l'interconnexion ne permet pas d'assurer l'efficacité maximum du point de vue social. Pour parvenir à réaliser d'éventuelles économies d'échelle et gamme et profiter d'externalités de réseau, il faudrait que la réglementation réduise ou élimine le pouvoir de marché (c'est-à-dire permettre à la concurrence de lutter à armes égales) et s'inspire du résultat des marchés concurrentiels.

Les pays qui libéralisent des segments de télécommunications potentiellement concurrentiels doivent être conscients que l'un des concurrents peut avoir la main mise sur des maillons essentiels qui servent d'intrants dans la production de services concurrentiels d'autres opérateurs.

Dans ces circonstances, les organismes de réglementation doivent faire en sorte que les ressources soient réparties de manière efficace.

En général, l'autorité nationale chargée de la réglementation d'un pays donné peut adopter une ou plusieurs des politiques suivantes vis-à-vis de différentes questions liées à l'interconnexion :

1. s'en remettre entièrement à la négociation commerciale entre les parties. Si celles-ci ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente, elles peuvent présenter un recours au titre du principe de la concurrence et de la législation antitrust ;
2. s'en remettre entièrement à la négociation commerciale entre les parties, sous réserve de faire intervenir l'autorité réglementaire si les parties ne parviennent pas à trouver un accord ;
3. s'en remettre entièrement à la négociation commerciale entre les parties, sachant que l'autorité chargée de la réglementation établit le cadre des négociations et doit approuver l'accord ou intervenir si les parties ne parviennent pas à s'entendre ;
4. certaines questions particulières sont réglementées dès le départ par l'autorité chargée de la réglementation et les parties négocient sur les autres questions.

La majorité des pays africains laissent les parties négocier la plupart des questions fondamentales liées à l'interconnexion, mais pour des raisons différentes. Très souvent, l'organisme de réglementation n'est pas en mesure de mettre au point une politique en matière d'interconnexion, simplement par manque de compétence, de personnel ou de ressources ainsi qu'en raison de problèmes juridictionnels.

L'un des inconvénients possibles de cette politique est que les nouveaux arrivants découvrent souvent que le cadre réglementaire ne contient pas de dispositions relatives à la politique en

matière d'interconnexion ni de principes directeurs des nouveaux exploitants qui souhaitent obtenir une interconnexion avec l'opérateur historique.

Dans les Amériques, les cadres réglementaires reposent davantage sur les démarches 3^{ème} et 4^{ème}. La concurrence étant de plus en plus vive, l'interconnexion est depuis longtemps un objet de controverse et risque de le devenir encore plus, d'où le besoin accru d'un arbitre réglant les différends entre l'opérateur historique et les nouveaux opérateurs. Cet arbitre est habituellement l'organisme chargé de la réglementation ou le ministère des Télécommunications.

L'Europe également adopte des démarches qui se rapprochent davantage de 3^{ème} et 4^{ème} démarches; Ainsi, en matière de réglementation, l'approche des pays européens est de permettre aux autorités nationales de définir le cadre des négociations et à l'autorité chargée de la réglementation de superviser le processus de négociation. Le cadre des négociations est défini à l'avance, y compris les procédures de règlement des différends, les circonstances dans lesquelles l'organisme de réglementation est en droit d'intervenir à tout moment dans le processus, la teneur des accords d'interconnexion et les règles spécifiques à ce domaine.

La réglementation en matière d'interconnexion est principalement du ressort des Etats, mais la Commission Européenne joue également un rôle dans l'évolution de cette réglementation en établissant des directives qui sont ensuite adaptées par chacun des pays membres. Les principaux éléments de la réglementation sur l'interconnexion figuraient, avant l'adoption des directives du « paquet télécom » en mars 2002, dans la directive 97/33/EC de très large portée du Parlement européen et du Conseil de l'Europe, adoptée en juin 1997.

Cette directive, conforme à l'Accord de l'OMC, traite essentiellement des obligations particulières des opérateurs ayant une position forte sur le marché (avec environ 25% de part du marché). Ces opérateurs sont tenus d'accorder aux autres opérateurs un accès particulier au réseau sans discrimination de publier les tarifs d'interconnexion et de fixer ces tarifs en fonction des coûts en les justifiant grâce à un système comptable transparent, d'annoncer une offre d'interconnexion de référence indiquant clairement les tarifs, les conditions et les éléments devant faire l'objet d'une approbation de la part de l'instance de réglementation.

Le cadre a complètement changé le 7 mars 2002 par l'adoption des directives « cadre », « Accès », « Autorisation » et « Service universel » qui ont été transposées en droit français par la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelle.

La directive sur l'interconnexion exige également de l'instance de réglementation qu'elle empêche toute discrimination, qu'elle surveille tous les accords d'interconnexion et qu'elle mette en place des mécanismes de règlement des différends pour les cas où la négociation commerciale de l'accord d'interconnexion n'aboutirait pas. En outre, elle exige de l'instance de réglementation qu'elle assure la responsabilité dans les politiques de numérotation et de portabilité des éléments qui influencent sur l'avantage concurrentiel et qu'elle fixe des règles de l'établissement des prix et du financement du service universel dans un contexte concurrentiel.

Dans la pratique, le rôle de l'instance de réglementation dans la détermination des redevances d'interconnexion peut aller d'une absence presque totale d'intervention jusqu'à une intervention totale. Dans le premier cas, les redevances peuvent être fixées librement par les parties sans aucune médiation de l'instance de réglementation, la négociation étant entièrement laissée au soin des parties. Dans le second cas, les redevances sont fixées à l'intérieur d'un cadre réglementaire.

Le degré d'intervention dépend du pouvoir attribué à l'instance de réglementation par des dispositions juridiques (avant, pendant et après les négociations d'interconnexion), des circonstances dans lesquelles l'instance de réglementation peut intervenir et de la liberté d'appréciation que lui accorde la législation. Les instances de réglementation peuvent avoir entre autres pour rôle spécifique de :

- fixer les principes et les règles concernant les redevances d'interconnexion ;
- superviser les accords privés de négociations ;
- approuver les accords de négociation concernant les redevances ;
- s'assurer du suivi des accords.

Même lorsque le cadre réglementaire ne prescrit pas exactement les redevances, il peut fixer des principes tarifaires à appliquer dans les négociations d'interconnexion. Bon nombre de pays ont des lois prévoyant que les redevances d'interconnexion doivent se calculer sur la base des coûts. L'instance de réglementation a également pour rôle d'approuver les redevances d'interconnexion convenues entre parties.

Quelles sont les variables qui expliquent les écarts entre les redevances d'interconnexion d'un pays à l'autre ?¹ C'est notamment le niveau de développement économique, le degré d'urbanisation, la pénétration du service téléphonique fixe, la numérisation des réseaux, la densité de la population, l'emplacement géographique ou la tarification des utilisateurs finaux.

Il est très courant que l'on avance comme hypothèse pour expliquer ces différences entre les pays que le niveau de développement d'un pays intervient dans la tarification des télécommunications en général et dans celles des redevances d'interconnexion en particulier. En règle générale, on s'attend à trouver dans un pays développé, des redevances d'interconnexion plus faibles que dans un pays en développement.

On fait parfois valoir qu'il devrait y avoir un rapport inversement proportionnel entre les redevances d'interconnexion et le niveau de pénétration téléphonique, mesuré en fonction du nombre de lignes téléphoniques pour 100 habitants. L'idée est que dans un pays en développement, le niveau de pénétration est généralement faible par rapport à celui que connaissent les pays développés ; ce qui l'empêche de tirer profit des économies d'échelle dans la fourniture des services de télécommunication.

En théorie, une économie d'échelle signifie que le coût unitaire moyen d'un service baisse au fur et à mesure que la production augmente. Des arguments semblables ont été avancés pour expliquer le rapport entre les redevances d'interconnexion et la densité de la population ou le degré d'urbanisation. On peut par exemple, soutenir que les coûts de la fourniture de services sont inférieurs dans les zones où la concentration des populations au Km² est plus forte.

Des publications récentes soulignent que les facteurs institutionnels jouent un rôle important dans le développement du marché des télécommunications. Un plus grand renforcement des institutions influera peut-être positivement sur le développement du secteur des télécommunications dans un pays². Par exemple, le développement du cadre institutionnel d'un

¹ UIT, op. Cit, p.25

² Chou Y. et Brock G.; « An économetric analysis of substitutional factor in telecommunications reform, cité par UIT, p.95

pays exprimé en années d'ancienneté de la législation sur les télécommunications peut influencer sur les redevances d'interconnexion. On peut s'attendre à ce que le développement des institutions soit inversement proportionnel au niveau des redevances d'interconnexion : plus longtemps une législation aura été en vigueur, plus le système sera bien en place et donc moindres seront les redevances d'interconnexion.

Conséquence, dans bon nombre d'entre eux, on a observé une augmentation de la participation privée locale ou étrangère dans le secteur des télécommunications.

En outre, l'expansion de l'Internet, de la télévision portable, des nouveaux services de radiodiffusion et des nouvelles technologies de transmission et de commutation a permis à de nouveaux venus d'entrer sur les marchés des télécommunications, de la radiodiffusion et de l'information ; ce qui a augmenté la part des capitaux privés et les investissements étrangers.

II.3. Section III : Contexte mondial et africain de la régulation des télécommunications

II.3.1. CONTEXTE MONDIAL

Bien que nous ayons intitulé contexte mondial, nous souhaitons examiner le contexte européen étant donné que notre droit des télécommunications congolais s'est inspiré largement du droit européen.

Les grandes orientations de la politique européenne pour les télécommunications ont été définies dans le livre vert du 30 juin 1987¹

La libéralisation du marché de télécommunications en Europe s'est répandue vers les années 80. A partir du moment où il y a eu le choix de l'ouverture à la concurrence dans le secteur des télécommunications, plusieurs organes ou autorités de régulation ont été mises en place.

L'objectif initial de cette mise en place de ces instances de régulation était de permettre une concurrence équitable entre opérateur historique et les nouveaux entrant, de manière à favoriser notamment la baisse des tarifs, le déploiement de la couverture etc.².

Il faut signaler que la régulation du marché des télécommunications en Europe est incarnée par des structures comme Arcep. Mais leur pouvoir, leur champ d'intervention, leur niveau d'indépendance sont variables. Ainsi, pour besoin d'illustration, le tableau ci-après présente l'état de la régulation européen.

¹ Pierre Vialle, stratégies des opérateurs de télécommunications, Ed. HERMES, Paris, 1988, p. 90

² Raphaël KARAYAN, « L'état de la régulation des télécommunications en Europe », site Internet

Tableau n°1 : Les principaux régulateurs des télécoms en Europe

PAYS	NOMS	ANNEE DE CREATION	COMPETENCE
Allemagne	Reg TP	1998	Licences, numérotation, audiovisuel, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges, concurrence, analyse des marchés, fréquences
Belgique	IBPT	1993	Licences, numérotation, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges, analyse des marchés, fréquences
Danemark	ITST	2002	Licences, numérotation, audiovisuel, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges, concurrence, analyse des marchés, fréquences
Espagne	CMT	1996	Licences, numérotation, audiovisuel, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges : pour l'ensemble avec le secrétariat d'Etat des Télécommunications ; concurrence, analyse des marchés, fréquences
France	ART (Arcep)	1997	Licences, numérotation, audiovisuel, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges, concurrence, analyse des marchés, fréquences
Italie	Agcom	1997	Numérotation, audiovisuel, contrôle tarifaire, service universel, accès et interconnexion, litiges, contrôles des marchés, fréquences

Source: OCDE 2003, ART

Comme vous pouvez aisément le constater, les attributions de différents organes de la régulation de pays européens sont presque les mêmes. L'indépendance de ces organes sont toutefois relative, et varie selon les pays.

Certains font tout simplement partie du gouvernement, c'est le cas de IBPT en Belgique, NITA au Danemark.

D'autres ont beaucoup plus d'autonomie et le gouvernement interfère moins, c'est le cas d'OFCOM en Grande Bretagne.

II.3.2. CONTEXTE AFRICAIN DE LA REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS

Nous venons de voir le contexte de la régulation des télécommunications en Europe, mais comment cette dernière se présente en Afrique.

A ce jour, plus de la moitié sur une cinquantaine d'Etats que totalise le continent Africain, ont une instance de régulation. Quelles sont les attributions réservées à ces agences de régulation ? En parcourant les différentes législations instituant ces organes ou agences, il nous revient de constater que les attributions sont presque les mêmes.

A. Attributions des agences ou organes de régulation en Afrique

Après avoir parcouru les textes légaux des organes, agences ou autorités de régulation de différents pays, il nous revient à constater que les attributions sont aussi les mêmes et beaucoup de pays tirent leur fondement dans le droit européen.

De manière récurrente, ces organes ont pour mission :

- contrôler la légalité et la régularité des activités des exploitants du secteur de télécoms ;
- préparer les projets de lois, de décrets et d'arrêtés ministériels en rapport avec le secteur de télécommunications ;
- instruire les demandes de licences, préparer et mettre en oeuvre les procédures d'attribution de licences ;
- arbitrer les différends qui opposent les opérateurs du secteur ;
- instruire les plaintes des organisations de consommateurs ;
- assurer, pour le compte de l'Etat, la gestion et la surveillance du spectre des fréquences ;
- gérer le plan national de numérotation ;
- délivrer les autorisations et préparer les licences et les cahiers des charges annexés ;
- contrôler le tarif
- etc.

Après avoir donné leurs attributions ci haut, il y a lieu de signaler que toutes les agences de régulation opérationnel en Afrique, ne sont pas homogènes et fonctionnelles.

Si certaines de ces agences ont été effectivement instituées en arbitres crédibles, d'autres ont de difficultés à s'ériger en arbitres ou alors ne remplissent pas leur mission attribuée.

B. Principales disparités

- les agences ou organes de régulation se différent de par leur nature. Certains sont des organes qui trouvent leur fondement dans la constitution d'un pays où l'ont fait allusion clairement à l'organe de régulation. Mais dans certains pays aussi, c'est le texte législatif qui crée l'Agence de Régulation, dans d'autres, c'est un simple décret

Présidentiel. Leur statut reflète le rôle que l'on a voulu leur voir jouer, leur autorité juridictionnelle étant sensiblement différente¹...

- Certaines agences prennent des décisions notamment en ce qui concerne les fréquences à octroyer alors que certaines sont seulement consultées.
- Concernant l'autonomie financière, cette indispensable autonomie n'est pas accordée à toutes les instances, la situation de dépendance budgétaire vis-à-vis d'un Ministre ou de Présidence pourraient constituer un moyen de pression redoutable pour les autres autorités politiques.
- Toutes les agences n'ont pas le pouvoir de sanctionner des abus ou dérapage auxquels elles pourraient assister.
- Le degré d'indépendance des instances par rapport au pouvoir politique varie lui considérablement. Ainsi dans de nombreux cas, les procédures de nomination des membres de ces instances assurent aux autorités politiques une certaine majorité de fait ; alors que dans d'autres cas, la sous représentation des professionnels remet en cause la légitimité des instances concernées.
- Le soutien des professionnels et du public à ces organes de régulation est dans certains cas mesuré, variant selon une échelle allant du rejet pur et simple, leur préférence allant à des mécanismes d'autorégulation à une méfiance entretenue par le statut administratif d'institution publique propre à nombre d'instances, en particulier francophones.²

Monsieur Renaud fait noter que d'une manière générale les instances souffrent d'un manque de légitimité aux yeux des professionnels et du public, c'est sans doute parce que ces derniers n'ont pas toujours été suffisamment associés à la définition des règles de jeu parce qu'ils estiment, à raison sous représenté à leur sein³

De ce qui précède, il convient de constater qu'on est loin d'avoir des organes de régulation qui soient vraiment homogène au niveau de leur fonctionnement, leurs indépendance que de leur statut.

En tout état de cause, les grands principes généraux qui régissent les organes de régulation des télécommunications se retrouvent chez les régulateurs européens et africains quand bien même l'application de ces principes se diffère.

II.3.3. PRIVATISATION DANS LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS

Dans la plupart des pays, les opérateurs de télécommunication étaient, il y a très peu de temps encore des opérateurs publics. Mais, il y a une vingtaine d'années, les pays ont commencé à vendre une partie tout au moins du capital de leurs opérateurs historiques à des sociétés ou à des investisseurs privés nationaux, et parfois même étrangers.

¹ Site : [http:// www.cipalo.or](http://www.cipalo.or)

² Renaud de la Brosse, convergence des médias et des enjeux juridiques, in contexte de la régulation en Afrique, p

³ idem

La rapidité de la convergence entre télécommunication, informatique et radiodiffusion a aussi eu une incidence sur le mode de fonctionnement de ces différents marchés : leurs activités se sont chevauchées de plus en plus et la distinction entre eux s'est estompée. En conséquence, la structure du capital des entreprises présentes sur ces marchés a évolué vers une plus grande intégration.

Dans la plupart des pays, la première étape vers la privatisation a été la séparation entre services postaux et services de télécommunication. Cette dissociation est presque achevée dans la région Amérique, la région Asie Pacifique et en Europe, mais 20 à 30% des pays d'Afrique et des Etats Arabes ne l'ont pas encore menée à bien. Une fois cette étape franchie, de nombreux pays séparent les fonctions d'exploitation et les fonctions de réglementation, ce qui débouche souvent sur la constitution en société commerciale de l'opérateur historique.

Pour l'Etat, la constitution en société est une façon de continuer à améliorer l'efficacité et la productivité dans le secteur des télécommunications sans renoncer à sa participation ni à son contrôle. Bien que de nombreux pays en Afrique comme dans les Etats Arabes n'aient pas privatisé leurs opérateurs, ils les ont constitués en sociétés commerciales¹.

Pour diverses raisons d'ordre politique, économique, ou autre y compris des questions de souveraineté nationale, les pays ont recours à différentes méthodes pour privatiser leurs opérateurs historiques. Le mode de privatisation le plus couramment utilisé dans toutes les régions du monde est l'offre publique. Toutefois, la plupart des régions ont choisi de « panacher » les méthodes de privatisation.

En Europe, la privatisation a débuté il y a une dizaine d'années, lorsque plusieurs pays d'Europe Orientale et Centrale ont soit privatisé une partie de leurs opérateurs nationaux, soit créé de nouveaux opérateurs par le biais de coentreprises entre l'Etat et des partenaires étrangers (par exemple en Arménie et en Géorgie). Ces partenariats et ces privatisations ont augmenté la part du capital privé local et étranger dans le secteur des télécommunications. Sur les 53 Etats européens membres de l'UIT, 23 avaient privatisé en partie leurs opérateurs à la fin du premier semestre de 1998. La Finlande et la Pologne ont privatisé leurs opérateurs historiques pendant le deuxième semestre de 1998. La Moldova, la Croatie, l'Albanie et la République Slovaque prévoyaient de mener à bien une privatisation tout au moins partielle, en 1999².

La région Amérique, dans laquelle plus de 20 pays ont privatisé leurs opérateurs historiques, compte le plus grand nombre d'opérateurs entièrement privatisés. C'est aussi ³cette région qui impose le moins de restrictions aux investissements privés et étrangers dans le secteur des télécommunications. Le Brésil est le dernier pays qui venait de s'ajouter à la liste, puisqu'il a vendu une partie du capital de son opérateur national à des investisseurs étrangers en 1999. Les Bahamas, le Honduras et le Nicaragua devraient prochainement lui emboîter le pas⁴.

¹ UIT, op.cit, p. 31

² La Commission européenne, direction Générale IV, Rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunication, 25-11-1998, P.P. 27-28.

³ UIT, OP.CIT, P. 32

⁴ Op. Cit

Les pays d’Afrique ont agi rapidement en imposant des restrictions à la prise de participation privée locale ou étrangère. Récemment, ils se sont efforcés de restructurer le secteur de télécommunication pour autoriser les investissements privés locaux ou étrangers et faciliter le développement de nouveaux services et des nouvelles technologies. En conséquence, sur les 42 Etats africains Membres de l’UIC, 14 ont privatisé leurs opérateurs (dont la moitié en vendant plus de 50% du capital) et 8 autres prévoyaient de le faire dans un proche avenir.

Le Kenya, la République Centrafricaine, la Zambie et l’Ouganda ont récemment entrepris de privatiser leur secteur des télécommunications, dans l’ordre de 46% pour le premier, de 55% pour le deuxième, de 51% pour le quatrième tandis que pour le troisième le processus est encore en cours.

Signalons, pour clore le point sur l’Afrique, qu’il a été organisé du 12 au 14 décembre 2005 au Grand Hôtel Kinshasa un séminaire atelier sur la concurrence et la régulation du secteur en Afrique Centrale. Ce séminaire organisé par l’Autorité de Régulation de la Poste et Télécommunications du Congo (ARPTC), en synergie avec le Comité de pilotage de la réforme des entreprises publique « COPIREP) a été une occasion pour les délégués de différents pays de la sous région de convenir de la nécessité pour chaque Etat de disposer d’un organe de régulation fort, puissant, autonome, objectif, compétent, neutre et financièrement indépendant.

Ainsi, devant la nécessité d’apporter des politiques nationales à la régulation du secteur en Afrique Centrale, Modeste MUTOMBO KYAMAKOSA, Président de l’ARPTC, a renouvelé l’engagement de la structure placée sous sa direction d’accompagner la mise en place de l’Association des Autorités de Régulation des Télécommunication en Afrique Centrale (ARTAC) pour rattraper le retard en cette matière par rapport à d’autres sous région de l’Afrique¹

Qu’en est-il de cette régulation en République Démocratique du Congo ? C’est à cette question comme à sa réponse que nous réservons les développements du chapitre suivant.

¹ Journal « Le Potentiel » n° 3605 du jeudi 15 décembre 2005, Kinshasa, P. 24

III. CHAPITRE III : REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS EN DROIT CONGOLAIS (RDC)

Rappelons avec MUTOMBO KIAMAKOSA que la régulation consiste en l'application par l'Autorité compétente de l'ensemble des dispositions juridiques, économiques et techniques qui permettent aux activités de télécommunications de s'exercer effectivement à la satisfaction de consommateurs, des opérateurs et de l'Etat.¹

Le développement rapide actuel pris par le secteur des postes et des télécommunications, constitue un des piliers sur lesquels repose le développement économique et social de la plupart des nations du monde². La télécommunication permet non seulement de réduire la distance entre deux ou plusieurs abonnés habitant le monde ; mais aussi elle s'accompagne de la réduction des coûts des déplacements, des transactions, la communication rapide de l'information, les échanges aussi rapides que fiables des objets physiques que représentent les lettres, les télécopies, les messages e-mail, etc.

En République Démocratique du Congo, après une longue période de stagnation de ce secteur jadis caractérisé par un monopole d'Etat avec une densité téléphonique la plus faible de toute l'Afrique, la télécommunication a connu une expansion rapide au cours de ces dix dernières années avec l'entrée des exploitants privés animés aussi bien par l'esprit lucratif que celui de modernisation du secteur, afin de l'adapter aux mutations connues à travers certain pays du monde dans ce domaine qualifié de haute technologie.

Bien que s'adaptant à la technologie la plus récente dans ce secteur, cette expansion s'accompagne également d'un ensemble complexe et varié des problèmes et de contre-performances en défaveur de la population, de l'Etat et peut-être de certains investisseurs, comme nous pouvons noter :

- l'abus dans l'allocation des ressources rares telles que le spectre des fréquences radioélectriques et les numéros ;
- l'implantation anarchique et incontrôlée des installations radioélectriques qui sont la source de beaucoup de brouillages préjudiciables, d'énormes pertes de recettes dues au Trésor Public et qui causeraient des problèmes sécuritaires ;
- la mauvaise gestion des interconnexions ;
- l'abus dans la tarification et la minoration de la quote-part due à l'Etat ;
- la libre circulation des équipements de télécommunication sans homologation préalable ;

¹ MUTOMBO KYAMAKOSSA, Etude de faisabilité du projet de création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en R.D.C., inédit, Kinshasa, Janvier 2002, P.1.

² idem

- la non sécurisation des investisseurs contre les risques susceptibles de subvenir face à un fonctionnement presque anarchique, etc.

De ce qui précède et compte tenu du fait que le secteur des télécommunications représente un domaine stratégiquement important pour tout pays, la tendance observée à travers le monde vise entre autres :

- la séparation des activités de la poste de celles des télécommunications ;
- la séparation des fonctions de la réglementation et de celle de l'exploitation ;
- la mise en place d'un organe de régulation, de contrôle et d'arbitrage du secteur des télécommunications.

Le secteur des télécommunications doit s'adapter aux mutations socio-économiques qui résultent du développement général du pays et en même temps, s'intégrer dans un ensemble de plus en plus étroit du secteur privé, à leur installation et à leur exploitation dans un cadre commercial et concurrentiel.

Il est donc essentiel de doter ce secteur d'un organe de régulation, de contrôle et d'arbitrage du secteur en parfaite harmonie avec les traités et les arrangements internationaux auxquels la République Démocratique du Congo a souscrit (SADC, UPU, COMESA, UIT, OMC, UAT, groupe de la Banque Mondiale...) et capable d'encourager les initiatives privées pour étendre les réseaux et services des télécommunications à l'ensemble du territoire national et à toutes les couches de la population d'une part, et de mettre les opérateurs économiques en position favorable dans les situations internationales d'autre part.

Ainsi, l'autorité de régulation des télécommunications doit¹ :

- réguler, contrôler et arbitrer le secteur des télécommunications de notre pays dans un cadre réglementaire efficace et transparent favorisant une concurrence loyale au bénéfice des utilisateurs des réseaux et services des télécommunications ;
- poursuivre le développement de ces réseaux et services en favorisant les initiatives tendant à les adapter à l'évolution des technologies et au progrès scientifique ;
- fournir par le gouvernement un service public sur l'ensemble du territoire national et à toutes les couches de la population et ce, dans le cadre du programme économique et de développement
- offrir à l'économie nationale les moyens de communication basés sur des technologies en constante évolution de façon à accroître son ouverture et son intégration dans l'économie mondiale ;
- constituer une nouvelle source des recettes pour le Trésor public congolais permettant tant soit peu de faire face à d'innombrables charges publiques reposant sur le gouvernement.

Au delà des problèmes relevés dans le contexte mondial et africain des télécommunications (du genre de ceux posés ci avant et qui secouent particulièrement la R.D.C), les textes légaux ou réglementaires qui organisent le secteur des télécommunications pose certains problèmes,

¹ ibidem

notamment le conflit de compétences entre le Ministère des PTT et l'ARPTC ; ce qui complique parfois la tâche de cette dernière.

Il est important, avant de relever ces insuffisances et ou controverses légales, de retracer le cadre historique, institutionnel et légal des télécommunication en République Démocratique du Congo avant les réformes d'octobre 2002.

III.1. Section I : Cadre historique, réglementaire et institutionnel des télécommunications avant les réformes d'octobre 2002.

Si l'on considère leur importance stratégique pour le gouvernement d'un pays ou encore la volonté d'assurer à tout le peuple un service public égal, les télécommunications peuvent se concevoir comme une administration publique dépendant directement et hiérarchiquement de l'Etat.

Mais, si les télécommunications offrent des services à des usagers qui paient les prestations fournies dans le cadre juridique de ses télécommunications, deux voies s'offrent à l'Etat et suivant les impératifs, il opte soit pour la voie de la concession de service public à une entreprise privée, soit pour la voie de la création d'un service en gestion ou en régie directe.

Dans le second cas, l'Etat crée un service public avec des modalités juridiques variables mais toujours caractérisées par son emprise sous plusieurs modalités, notamment :

- L'Etat crée sous forme d'administration publique dépendant directement de lui des services chargés des télécommunications ;
- L'Etat peut aussi créer une compagnie, société ou office autonome chargé des télécommunications. C'est le cas de l'Office Congolais des Postes et Télécommunications (OCPT) créé par l'ordonnance loi n° 68/475 du 13 décembre 1968, en remplacement de l'Administration des télécoms.

Dans le premier cas, l'accent est mis sur le caractère industriel et commercial du service public des télécommunications. Pour des raisons d'efficiences économiques, l'Etat transfère ou concède ses prérogatives à une entreprise privée (concessionnaire), laquelle lui rend des comptes.

L'Etat fait ainsi confiance à une entité privée, tout en s'entourant d'un certain nombre de précautions : l'Etat n'accorde pas de pleins pouvoirs au concessionnaire, car l'Etat exerce toujours un contrôle et a un droit de regard, à travers le cahier de charges, sur l'entrepreneur privé. C'est le cas de la firme ATT aux Etats-Unis.

Pour revenir à la République Démocratique du Congo, il y a lieu de préciser que conformément à l'ordonnance loi applicables aux entreprises publiques, les postes et télécommunications ont été constituées en une entreprise publique à caractère technique et commercial, dotée de la personnalité juridique et désignée Office Congolais des Postes et des Télécommunications du Congo. C'est cet office qui exerçait le monopole d'exploitation dans le secteur, en visant la réhabilitation des installations existantes (réseaux, commutations, communications régionales, communications internationales) et l'investissement en réseaux locaux, avec ce qu'on lui connaît comme limites et inefficiences.

Par ailleurs, le Réseau National des Télécommunications par satellites (RENATELSAT) créé par l'ordonnance n° 97/240 du 30 septembre 1991, venait en complément à l'OCPT, dans le domaine du transport des programmes de la télévision et la radio nationales produits par la RTNC Kinshasa vers les provinces où étaient installées les stations terriennes (Kinshasa, Lubumbashi, Kamina, Kalemie, Kisanga, Isiro, Mbandaka, Gemena, Gdadolite, Lisala, Bandundu, Mbuji-mayi, Kananga, Bukavu, Kindu et Matadi).

L'OCPT et le RENATELSAT étaient, jadis, sous la tutelle administrative et technique du Ministère des Postes, Télégraphes et Télécommunication composé d'un cabinet politique et d'un Secrétariat Général où on ne dénombrait aucun Ingénieur en télécommunication¹.

Aux termes de l'article 26 de ses statuts, l'OCPT est placé sous la tutelle des Ministères des PTT et du portefeuille. Sauf dispositions expresses contraires, la tutelle du Ministère des PTT porte sur :

- La conclusion des marchés de travaux et des fournitures ;
- L'organisation des services, le cadre organique, le statut du personnel les barèmes des rémunérations ainsi que les modifications à y apporter ;
- L'établissement des agents et bureaux à l'intérieur du Congo ;
- Les acquisitions et aliénations autres qu'immobilières.

Sauf dispositions contraires expresses, la tutelle du Ministère du portefeuille porte sur les actes suivants :

- Les acquisitions et aliénations immobilières ;
- Les emprunts et prêts ;
- Les mises et cessions de participations financières ;
- Le plan comptable particulier ;
- Le budget ou état de prévisions des recettes et des dépenses ;
- Les comptes de fin d'exercice ;
- Le bilan.

Dans l'un ou l'autre cas, la tutelle est exercée soit par voie d'autorisation préalable, soit par voie d'approbation ou d'opposition, et les rapports entre les gestionnaires de l'OCPT et les organes de tutelle sont ceux de mandataire et du mandant.

Sur le plan organique, les attributions des Ministère des postes et télécommunications et celui du portefeuille sont :

Pour le premier :

¹ Aimé MBOBI, la restructuration de l'Office Congolais des Postes et Télécommunications (OCPT), projet DRC 97/003-17.01 de l'union International des Télécommunications (UIT) et du programme des Nations Unis pour le développement (PNUD), Kinshasa, mai 2000,

- Suppression et contrôle de l'application de la législation et la réglementation relatives aux postes et télécoms ;
- Etudes à caractère technique et économique de chacun de secteurs d'activités des postes et télécoms ;
- Application des conventions internationales des actes de l'Union Internationale des Télécommunications et des organismes régionaux.

Pour le second :

- Administration de la gestion du patrimoine de l'Etat ;
- Tutelle administrative et financière des entreprises de l'Etat ;
- Contrôle des établissements publics de l'Etat ;
- Acquisition des participations de l'Etat dans les entreprises d'économie mixte ;
- Création ou participation à la création des entreprises à caractère industriel ou commercial ;

Bien que l'OCPT possède l'autonomie juridique, il convient de relever que les rapports entre l'OCPT et les tutelles dépendent en réalité des exigences du moment et des rapports de faits. La marge de son action se réduit, faute d'autonomie réelle, ce qui pose les problèmes du genre :

- La planification à court et à moyen termes dans tous les domaines devient difficile ;
- La réalisation des tâches de l'entreprise est retardée, ce qui paralyse, dans bien de cas, le développement de l'entreprise ;
- L'immixtion intempestive dans la gestion courante entraîne des pertes et des frictions.

Des processus de décisions qui, au regard de son autonomie juridique, devraient incomber à l'OCPT sont répartis sur les Ministères des PTT et du Portefeuille, organes de tutelle. Cette double tutelle dilue les initiatives comme les responsabilités de l'entreprise, en même temps qu'elle entrave l'efficacité en créant une hiérarchie parallèle. Il convient de constater dans ce contexte qu'ailleurs (sur le plan international) la tendance va vers l'affirmation du principe d'une tutelle unique.

Cet état des choses est à la base de plusieurs inefficiences relevées à l'OCPT, lesquelles ont justifié les mutations qu'on connaît aujourd'hui. Au nombre d'inefficiences, on cite :

- Le manque de vision et de volonté politique véritable ;
- L'inexistence d'un plan d'ensemble cohérent de développement économique pour le pays ;
- L'insuffisance de programmation des investissements dans le secteur ;
- L'insatisfaction de demandes de plus en plus nombreuses de raccordement au réseau public ;
- La carence de la maintenance et de l'exploitation des réseaux ;

Devant toutes ces difficultés, l'OCPT a été amené avec une réglementation obsolète vis-à-vis des évolutions technologiques et largement incomplète en ce qui concerne les normes comme les procédures d'agrégation des matériels et des firmes actives dans le domaine des télécommunications, à concéder une partie de son marché à des opérateurs privés (TELECEL,

COMCELL...) qui opéraient par la technologie AMPS sur la bande de 800 MHZ, avant de s'ouvrir, avec la nouvelle tendance mondiale, aux technologies telles que GSM sur les bandes de 900 ET 1800 MHZ, PLS, etc...

Starcel, alors TELECEL est une S.A.R.L de droit congolais à capitaux multinationaux privés. La société a obtenu, en 1989 une concession de 30 ans pour l'exploitation de la téléphonie cellulaire dans 25 villes du Congo. C'est le tout premier opérateur privé à avoir obtenu une concession pour l'exploitation de la téléphonie mobile cellulaire. Elle exploite le système AMPS à Kinshasa, à Lubumbashi, à Bukavu, à Goma et à Mbuji-mayi, en plus des infrastructures spécifiques à la fourniture des services de télécommunication interurbaines et internationales. Il s'agit principalement des stations terriennes USAT équipant ses centres en provinces et deux stations terriennes standard B installées à Kinshasa.

Comme TELECEL, COMCELL exploite un réseau de téléphonie mobile cellulaire utilisant le système AMPS. Cette société a, elle aussi, mis en place ses propres moyens de télécommunications interurbaines et internationales comprennent entre autres les stations VSAT installées dans les provinces et une station terrienne standard B installée à Kinshasa, COMCELL desservait, jusqu'en 2000, quelques 3.000 abonnés dans son réseau implanté à Kinshasa, à Lubumbashi, à Kisangani, à Mbuji-mayi, à Bukavu, à Matadi et à Gbadolite, pendant que TELECEL en desservait 14.000 sur l'ensemble du pays dont près de 10.000 abonnés à Kinshasa.

Il est à signaler que ces deux premiers opérateurs n'ont pu répondre aux besoins communicationnels que d'une infime partie de la population très ciblée d'ailleurs, car les coûts d'accès au réseau sont prohibitifs et ce n'est que la couche la plus aisée socialement de la population qui a su faire face à ces tarifs.

Les inefficacités ont, au-delà des exigences télé communicationnelles mondiales, conduit à la restructuration de l'opérateur public OCPT, plus précisément à la séparation entre la poste et les télécommunications et, par voie de conséquence à la création de l'autorité de régulation ainsi qu'à la séparation des fonctions. Telle est l'économie de la loi n° 012/2002 du 16 octobre 2002 sur la poste, de la loi-cadre n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo et de la loi n° 014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications que nous allons analyser dans la section suivante.

III.2. Section II : Télécommunications en RDC depuis les réformes d'octobre 2002.

La loi-cadre n° 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications dote le pays d'un instrument juridique définissant de manière plus claire les principes, les règles et les institutions qui régissent les activités, les réseaux et les services de télécommunications.

En effet, le secteur de télécommunications connaît depuis quelques années, une profonde mutation. Celle-ci est la conséquence de l'évolution constatée dans différents domaines techniques, politiques et économiques. Cette mutation tend à transformer le secteur de télécommunication, jadis administré et cloisonné au niveau national, en un secteur de plus en plus immergé dans la compétition mondiale.

L'évolution technologique est l'un des facteurs fondamentaux de toutes les mutations du secteur de télécommunications et des adaptations qu'il exige.

Au plan économique, les télécommunications à la suite de l'explosion des services que permet l'évolution technologique, deviennent le système nerveux des économies modernes et leur bonne ou mauvaise gestion détermine la capacité d'un Etat à assumer les attributs de sa souveraineté.

C'est pourquoi, depuis quelques années, certains pays africains ont promulgué des lois sur les télécommunications qui ont restructuré le secteur. Ces restructurations ont porté sur la dissociation des services postaux de secteur des télécommunications, la séparation des actions de réglementation de celles d'exploitation confiées à des organismes distincts, la création d'instances indépendantes de réglementation, la privatisation de l'exploitant publics par association des capitaux public et privés nationaux et même internationaux et sur l'ouverture à la concurrence du marché des services à valeur ajoutée voire des services de base.

Les différentes réformes des télécommunications ont apporté des effets bénéfiques aux pays qui les ont introduites : augmentation du parc téléphonique, amélioration de la qualité des services, accroissement de la participation du secteur à l'amélioration du PIB.

La République Démocratique du Congo ne pouvait plus longtemps encore se tenir à l'écart de la marche du monde vers la troisième révolution, celle de l'information sous peine de pénaliser sa population par des communications insuffisantes en quantité et en qualité et limitées pour sa participation au marché mondial. Des liaisons câblées, présentes au moment de la promulgation de l'ordonnance législative n° 254/Télec du 23 août 1940, la RDC est passée aux liaisons hertziennes introduites dans les années 1950, ensuite aux liaisons par satellite et récemment à la numérisation. La téléphonie mobile, cellulaire ou sans fil côtoie le téléphone avec fil ou fixe.

Concernant les services, du simple téléphone vocal, du télégramme et du télex, on est passé, grâce à la télématique (association des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel) à l'Internet et ses applications ; le courrier électronique e-mail, le transfert des fonds « fund transfert », le e-business, etc....

La nouvelle loi-cadre sur les télécommunications se présente ainsi comme un instrument de la nouvelle politique de télécommunications dont les principaux axes tournent autour des recommandations suivantes :

- Permettre l'accès de l'ensemble de la population aux services de base du téléphone et du télex en zones rurales et urbaines grâce à un coût raisonnable ;
- Réduire les disparités qui existent dans la desserte des différentes régions du pays en infrastructures et services de télécommunications ;
- Favoriser l'introduction de nouvelles technologies pour répondre aux besoins sans cesse croissants à la suite de la mutation rapide des milieux d'affaires ;
- Adapter des réformes tarifaires basées sur la couverture des coûts réellement encourus en vue d'accroître les recettes publiques et privées et stimuler l'investissement et la compétition des services et des entreprises ;
- Libéraliser les services à valeur ajoutée, les services nouveaux, les équipements terminaux pour susciter un accroissement en nombre, la concurrence et la compétitivité et les introduire également en zones rurales, favoriser l'interconnexion des réseaux et des services au niveau national, régional et international ;
- Favoriser l'implantation progressive d'une industrie locale des télécommunications ;

- Réduire le champ du monopole en soumettant à la concurrence les services de base, ceux à valeur ajoutée ainsi que les services nouveaux.

La nouvelle loi sur les télécommunications offre un cadre clair et cohérent pour assurer, sur des bases fiables, un développement à court, moyen et long termes tout en cherchant à promouvoir l'innovation technologique, la modernisation des infrastructures, la diversification des moyens de communication et l'amélioration de la qualité des services distribués. Et les principales innovations introduites par la présente loi sont :

- la définition, dans le corps même de la loi, des attributions du Ministre en charge des télécommunications, sans préjudice des dispositions des autres textes légaux ou réglementaires pris par ailleurs dans le même domaine ;
- la création d'une Autorité de Régulation indépendante. Cette création consacre le principe de l'indépendance des fonctions de régulation de celles de l'exploitation. A l'autorité de régulation est confiée la fonction régaliennne de réglementation du secteur qui n'est pas détachable de l'Etat, alors que celle économique de l'exploitation, détachable de l'Etat revient aux opérateurs autres que l'Etat, public et privés de télécommunication ;
- la création du fonds de service universel et de développement de télécommunications ;
- l'introduction du concept « service universel » qui ouvre l'accès à tous aux différents services ouverts au public à un coût raisonnable ;
- l'introduction des dispositions sur l'exploitant public tenu de signer un cahier des charges ;
- l'organisation, par la loi, de la technologie nouvelle de télédistribution ;
- la définition des règles relatives à l'interconnexion des réseaux rendue obligatoire ;
- l'introduction des dispositions prévoyant et organisant la cryptologie ;
- la participation du secteur privé au développement de télécommunications dans un environnement concurrentiel loyal ;
- l'insertion, dans le corps de la loi, des dispositions définissant et organisant l'exploitant public de télécommunications ;
- l'obligation imposée au concessionnaire du service public des télécommunications de réserver une quotité du capital privé congolais aux travailleurs de l'entreprise ;
- la création d'un cahier des charges qui définit les conditions de la mise en pratique de la nouvelle licence infalsifiable ;
- l'obligation faite à tout concessionnaire de respecter scrupuleusement les conditions fixées par le cahier des charges en ce qui concerne la qualité des services, la fiabilité des équipements et les coûts des services.

Cependant, les aménagements essentiels de la nouvelle loi portent sur le monopole, la séparation des fonctions de régulation et d'exploitation, le statut de l'exploitant, les régimes d'exploitation, le service universel, les radioélectriques privées et la présentation même du texte.¹

¹ Exposé des motifs de la loi-cadre n°013 /2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications

III.2.1. DU MONOPOLE

La philosophie de base qui sous-entend la loi se résume en un réaménagement du régime de monopole par l'introduction et la définition des règles de concurrence pour les segments du marché ouvert à la concurrence.

Le système proposé par la loi se situe à mi-chemin entre le monopole absolu et la libération totale du secteur et veille à établir un équilibre entre le segment réservé et le segment ouvert. Le monopole défini par l'ordonnance législative n° 254/TELEC du 23 avril 1940 était fondé sur le caractère de service public de télécommunications dans notre pays.

Celles-ci étaient entendues comme un besoin collectif que les pouvoirs publics se devaient de satisfaire à l'aide de techniques et méthodes relevant de la gestion publique assujetties aux règles de droit public. Ce qui justifie les pouvoirs importants de l'Etat de légiférer, de réglementer, d'appliquer les textes légaux et réglementaires en matière de télécommunications et d'exploiter celles-ci.

Par ailleurs, l'Etat, lui-même, directement gère les télécommunications par le biais de l'Administration publique, jusqu'en 1968, par celui d'un organisme décentralisé, l'Office Congolais des Postes et Télécommunications « O.C.P.T. », depuis 1968 ou indirectement et de manière supplétive par les personnes morales bénéficiaires de concession ou d'autorisations particulières ou ayant conclu avec l'Etat des conventions en vue de l'intervention de leurs installations dans les services publics de Télécommunications.

La réalité sur le terrain a battu en brèche cette construction juridique. Des concessions ont été accordées même pour des réseaux et services de base là où l'Etat avait déployé son propre réseau de base.

Il a fallu donc réaménager le monopole sans toute fois libéraliser totalement le marché des télécommunications qui, au regard de son niveau de développement, suivant une estimation de l'UIT en 1996, traduit par la télé densité de 0,08 lignes téléphoniques principales pour 100 habitants ou de 36 milles lignes téléphoniques principales au total, ne permet pas une ouverture totale.

Le monopole est maintenu au profit de l'exploitant public et consiste en son droit de posséder seul le réseau de référence (article 11).

III.2.2. DE LA FONCTION DE REGULATION

L'ouverture à la concurrence exige toutefois certaines mesures de sauvegarde, pour faire en sorte qu'un opérateur jouissant du monopole n'abuse pas de sa position dominante sur le marché ; pour remédier au problème de réglementation, de transparence et de crédibilité qui surgissent lorsque de nouveaux opérateurs arrivent sur le marché, il convient de dissocier les fonctions d'exploitation de celles de réglementation et de créer une nouvelle instance de réglementation.

III.2.3. DE L'EXPLOITANT PUBLIC

Le statut de l'exploitant public de télécommunications sera entendu comme la forme juridique qu'il adoptera et les obligations auxquelles il souscrira par la signature du cahier des charges et du contrat programme. Ce statut est déterminé par la capacité de l'exploitant public à mobiliser les ressources nécessaires pour construire un réseau national de télécommunication permettant

d'atteindre au moins un taux de pénétration téléphonique de 1 ligne téléphonique pour 100 habitants en l'an 2002.

Il convient de préciser que le terme « public » de l'expression « Exploitant public » se rapporte à la nature des services et non au statut de la personne morale. Celle-ci pouvant être sous contrôle public ou privé. L'exploitant public est un exploitant de monopole dans le sens où il est le seul à avoir le droit de posséder le réseau de référence. Ce droit d'exclusivité est limité dans le temps.

Après le délai d'exclusivité, d'autres opérateurs seront autorisés à établir eux aussi des réseaux de référence. L'exploitant public participe à la concurrence pour le segment du marché ouvert à celle-ci, les services à valeurs ajoutées, les services nouveaux, etc. Cela étant, la loi attribue à l'exploitant public des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture des services de base ouverts au public.

III.2.4. DES REGIMES D'EXPLOITATION

Le contrôle de l'Etat sur l'activité de télécommunications s'exerce par les régimes d'exploitations distincts s'appliquant à des services et activités également différents : la concession, l'autorisation et la déclaration.

Le régime de concession s'établit par la concession du service public de télécommunications. Il concerne exclusivement :

- la fourniture du service téléphonique entre points fixes ainsi que la fourniture du service télex ;
- l'établissement et l'exploitation des réseaux radio-électrique, notamment ceux cellulaires, destinés à fournir au public un service de télécommunications qui répond à un besoin d'intérêt général ;
- l'établissement d'un réseau de télécommunications ouvert au public, utilisant les autres moyens de transmission.

Le régime d'autorisation permet à son bénéficiaire d'exploiter le service dans les conditions et sous les effets stipulés dans un cahier des charges.

Le régime de déclaration concerne les activités de télécommunications autres que celles soumises aux deux régimes précédents.

III.2.5. DU SERVICE UNIVERSEL

La loi introduit la notion de service universel qui définit le droit de chaque congolais, habitant les zones rurales, urbaines ou isolées au bénéfice du service de la téléphonie vocale, du télex, des cabines publiques, à un coût raisonnable.

Pour financer le service universel, la loi préconise la création du Fonds de service Universel et de Développement de télécommunications. Celui-ci est constitué d'un pourcentage des recettes des ventes des services de télécommunications réalisées par tous les opérateurs, fournisseurs de services et fabricants ou importateur de matériels établis en République Démocratique du Congo et qui est géré par l'Autorité de Régulation.

III.2.6. DES RADIOELECTRIQUES PRIVEES

Compte tenu de l'usage massif des radioélectrique privées pour l'établissement des liaisons interurbaines, les textes en vigueur en cette matière n'ont pas été abrogés.

III.3. Section III: Observations sur les textes qui organisent les télécommunications

En République Démocratique du Congo, le cadre institutionnel est construit autour de deux structures : d'une part, le Ministre ayant en charge les postes et les télécommunications et, d'autre part, l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo. Passons en revue ces structures, avant de relever les différentes insuffisances qu'accusent la loi 013/2002 sur les télécommunications, la loi 014/2002 portant création de l'Autorité de Régulation, ainsi que le décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères ainsi que la loi 005/008 du 31 mars 2005 modifiant et complétant la loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations ainsi que leurs modalités de perception.

III.4. LES STRUCTURES INTERVENANT DANS LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS

A. Le Ministre

Aux termes de l'article 6 de la loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications, le Ministre a pour mission et attributions de :

- concevoir et proposer au gouvernement la politique générale devant guider le développement du secteur ;
- mettre en œuvre la politique définie par les pouvoirs publics dans le domaine de télécommunications nationales et internationales pour les aspects qui relèvent de la présente loi ;
- arrêter les règlements d'administration et de police relatifs aux télécommunications et fixer les taxes y afférentes ;
- définir et actualiser le cadre réglementaire général du secteur ;
- assurer, en collaboration avec les ministères et services de l'Etat ayant en charge la justice, l'intérieur, la défense nationale et la sécurité, conformément aux lois et règlements en vigueur, la surveillance générale et la police du secteur ;
- représenter les intérêts du pays auprès des organisations sous-régionales, régionales et internationales et assurer l'application des accords et traités internationaux dans le secteur de télécommunications.

B. L'Autorité de Régulation

L'Autorité de Régulation en tant qu'un service public doté de la personnalité juridique a pour attribution de :

- veiller au respect des lois, des règlements et des conventions en matière des télécommunications ;

- instruire les dossiers de demande de concession, délivrer les autorisations, recevoir les déclarations, établir les cahiers des charges correspondant aux autorisations et veiller à ce que les obligations contractées par leurs titulaires soient respectées ;
- procéder aux homologations requises par la présente loi ;
- définir les principes d'interconnexion et de tarification des services publics de télécommunications ;
- gérer et contrôler le spectre des fréquences ;
- élaborer et gérer le plan national de numérotation ;
- analyser et étudier de façon prospective l'évolution, aux plans national et international, de l'environnement social, économique, technique et juridique des activités du secteur ;
- contribuer à définir et à adapter, conformément aux orientations de la politique gouvernementale, le cadre juridique général dans lequel s'exercent les activités relevant du secteur des télécommunications.

Dans la pratique, cette répartition des attributions entre ces deux structures a été toujours la source des nombreuses difficultés constatées dans le fonctionnement du secteur et qui seront examinées dans les lignes qui suivent.

Avant d'analyser la dernière section, il est indiqué de dire un mot sur l'état des lieux des opérateurs des télécommunications en République Démocratique du Congo.

C. Les opérateurs des télécommunications

Voici les différents opérateurs du secteur de télécommunications présentés sous forme des tableaux:

Le premier tableau donne la situation des opérateurs de la téléphonie mobile ; le deuxième ceux de la téléphonie fixe et le troisième celui des fournisseurs de service public d'internet.

Tableau n°2 : Les Opérateurs de téléphonie mobile en RDC pour 2005

NUM	OPERATEURS	TECHNOLOGIE	NOMBRE D'ABONNES
1	CELTEL CONGO	GSM 900 et 1800 Mhz	1.200.000
2	VODACOM	GSM 900 et 1800 Mhz	1.400.000
3	OASIS	DCS 1800	60.000
4	CCT	GSM 1800	100.000
	TOTAL	-	2.760.000

Taux de pénétration : 5 %

Source : *Direction Economie et Concurrence/ARPTC*

Ce tableau nous présente le parc d'abonnés des opérateurs de la téléphonie mobile à la fin de l'année 2005.

La concurrence loyale qui caractérise aujourd'hui le secteur des télécommunications grâce au dynamisme de l'ARPTC justifie l'augmentation de ce parc d'abonnés.

Tableau n°3 : Les Opérateurs de téléphonie fixe en RDC pour 2005

NUM	OPERATEURS	TECHNOLOGIE	NOMBRE D'ABONNES
1	SOGETEL	CT2 WII	9.695
2	CKT	Fibre Optique	664
3	OCPT	Fil métallique	
4	AFRICANUS	WLAN	38

Source : Direction Economie et Concurrence/ARPTC

Comme l'indiquent les statistiques, reprisent dans le tableau 3, la téléphonie fixe est moins sollicitée. On la retrouve principalement dans des bureaux, dans les résidences officielles et dans quelques cabines publiques ; la mobilité restant l'idéale pour beaucoup de consommateurs.

Tableau n°4 : Les Fournisseurs de services Internet pour 2005 (Opérateurs déclarés)

NUM	OPERATEURS	TECHNOLOGIE	NOMBRE D'ABONNES
1	SOGETEL	CT2 WII	808
2	CKT	Fibre Optique	664
3	AFRICANUS	WLAN	98
4	RAGA	WLAN	
5	INTERCONNECT	WLAN	600
6	HITEC (Roffe Congo)	WLAN	110
7	AFRINET	WLAN	58
8	SATEL-KIN		
9	MICROCOM		1.100
10	SAPROCOM		
11	RUTEL CONGO		

Source : Direction Economie et Concurrence/ARPTC

Nous avons seulement pris en compte les opérateurs qui ont déclaré à l'ARPTC, il est vrai qu'il y a d'autres qui opèrent dans la clandestinité sans pièces ou avec de pièces irrégulière.

Le taux des abonnés des services Internet est également faible, suivant ce tableau. Ceci s'explique par le fait du coût élevé des matériels informatiques et du prix de l'abonnement mensuel.

III.4.1. ECUEILS LEGAUX A L'ACTION DE L'AUTOTITE DE REGULATION EN RDC

Les différentes dispositions de textes légaux et réglementaires qui régissent le secteur en République Démocratique du Congo, pose de problèmes réels dans le secteur de télécommunications à savoir le problème de la tutelle de l'Autorité de Régulation, mesures d'application, activité du secteur non prévue par la loi (Internet), conflit des compétences

(existence de deux textes contradictoires), interférence de Ministre des PTT dans les décisions du Collège.

A. Tutelle de l'Autorité de Régulation

Il ressort de l'exposé des motifs de la loi-cadre 013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications que l'Autorité de Régulation des Télécommunications du Congo est placée sous la tutelle du Ministère des Postes, Téléphones, Télécommunications. Cet exposé des motifs affirme que l'Autorité de Régulation est placée sous le pouvoir hiérarchique du Ministre des PTT.

La loi 014/2002 stipule que l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo est une administration qui est dotée d'une personnalité juridique et relève du Président de la République.

La lecture de cet exposé des motifs de la loi-cadre et des articles 1 et 2 de la loi portant création de l'Autorité de Régulation, relève une contradiction qui donne lieu à des interprétations.

Les partisans de la première thèse estiment que le Ministre ayant en charge les télécommunications est l'autorité tutélaire de l'organe de régulation du Congo et que par conséquent, cette dernière doit se soumettre aux règles régissant la tutelle en République Démocratique du Congo.

Les autres soutiennent que l'Autorité de Régulation ne dépend pas du Ministre des PTT, il est dit nulle part dans le corps de la loi qui crée cette dernière, ni encore moins dans la loi-cadre. Dans l'esprit du législateur, son indépendance tel que libellé à l'article 1 alinéa 2, c'est vis-à-vis des opérateurs et du gouvernement.

Au regard de toutes dispositions précitées, il y a lieu de soutenir cette dernière thèse, car l'Autorité de Régulation ne dépend pas du Ministre en charge des télécommunications quand bien même l'exposé des motifs le souligne.

En compulsant le corps des dispositions de deux lois, ne font aucune allusion quant à la dépendance hiérarchique de cet organe vis-à-vis du Ministre. Ce sont les rapports de collaboration et de complémentarité de deux structures en matières bien déterminées de la régulation. La loi étant claire, on ne peut pas évoquer l'exposé des motifs qui du reste accompagne la loi et ne sert qu'à expliquer les dispositions de celle-ci lorsqu'elles sont lacunaires ou ambiguës.

En évoquant l'article 2 de la loi 014/2002 qui dispose que l'Autorité de Régulation relève du Président de la République, ne serait-il pas une contradiction avec le soutènement de cette dernière thèse ? Relever du Président de la République ne s'agit-il pas d'une dépendance hiérarchique ?

Lorsque nous lisons les dispositions de la loi portant création de l'Autorité de Régulation, nulle part, il est dit que cette dernière a comme tutelle le Président de la République.

La tutelle constitue l'ensemble des moyens de contrôle dont disposent l'institution ou l'organe tutélaire sur l'entreprise. La tutelle est d'ordre administratif, judiciaire, technique, économique ou financier. Elle s'exerce sur les personnes comme sur les actes, à tous les niveaux et à tous les stades de la procédure.

Il n'en est pas le cas avec l'ARPTC, le Président de la République n'intervient pas à tous les stades des activités de cet organe.

Ainsi, en matière de budget de l'ARPTC, l'organe qui l'approuve est le Collège et non pas le Président de la République, encore moins une quelconque institution de la République. De même, toutes les décisions prises par le Collège en matière de régulation (en rapport avec ses missions) ne sont pas homologuées par le Président de la République.

Le fait de faire relever l'Autorité de Régulation de la plus haute autorité du pays, sert à souligner justement davantage, cette indépendance. C'est juste un rattachement et non un pouvoir tutélaire.

Il est vrai que l'article 28 de cette même loi fait allusion aux comptes de l'Autorité de Régulation qui sont susceptibles de vérification par un cabinet d'audit externe. Et à cet effet, le rapport est adressé au Président de la République, au Ministre des finances et au Ministre des PTT.

Cette disposition n'apporte rien quant à la dépendance de l'Autorité de Régulation vis-à-vis de ces institutions précitées.

Nous pensons qu'il y a lieu de considérer donc la tutelle attribuée au Ministre en charge des télécommunications comme une coquille.

B. Mesures d'application des lois sur le secteur

La loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications énonce dans certaines matières les grands principes qui doivent faire l'objet des mesures réglementaires (décret, arrêtés, directives et autres) pour mieux clarifier le secteur qui nous paraît très sensible, compte tenu de son impact sur la vie sociale et économique de la République Démocratique du Congo et aussi permettre à l'Autorité de Régulation d'atteindre ses objectifs qui ne sont pas moindres.

Pouvons-nous considérer aujourd'hui que le cadre légal et réglementaire est achevé ? Quid alors de toutes les mesures d'applications, soit les textes qui doivent accompagner la loi sur les télécommunications et celle portant création de l'Autorité de Régulation.

L'état des lieux du secteur des télécommunications à ce jour en rapport avec le cadre légal et réglementaire prouve que ce dernier est inachevé.

Décret fixant les modalités de calcul et le montant de redevance de la taxe de régulation

En combinant l'article 1 alinéa 2 et l'article 21 de la loi portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo confère à cette dernière la personnalité civile impliquant une autonomie financière et dispose des ressources ordinaires et des ressources extraordinaires. Parmi les ressources ordinaires nous avons :

- les revenus de ses prestations ;
- les produits des frais administratifs liée à l'étude des dossiers d'octroi ou de renouvellement des licences et/ou autorisations, d'agrément des équipements terminaux et plus généralement le produit de toute redevance en relation avec la mission de l'Autorité de Régulation ;
- la taxe de numérotation ;

- la taxe de régulation ;
- les taxes parafiscales autorisées par la loi financière...

Tandis que les ressources extraordinaires nous avons :

- les avances remboursables du trésor, d'organismes publics ou privés ainsi que les emprunts autorisés conformément à la législation en vigueur ;
- les subventions, dons, legs et toutes autres recettes en rapport avec son activité

L'alinéa 4 de ce même article dispose que les ressources ordinaires citées ci-haut doit faire l'objet d'un décret du Président de la République pour le fixer les modalités de calcul, le taux et le montant des redevances, frais...

En attendant la signature de ce décret, un arrêté interministériel n°006/CAB/MIN/FIN & BUD/2003 et N°001/CAB/MIN/PTT/2003 du 25/01/2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications entrantes a été signé pour permettre à l'ARPTC qui venait d'être mise en place d'avoir les moyens financiers pour son fonctionnement, quand bien même il était illégal, les opérateurs ont contribué de bonne fois.

Mais pendant qu'on attendait la signature de décret supra, la loi n°05/008 du 31/03/2005 modifiant et complétant la loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participation a intégré la taxe de régulation et la taxe de numérotation au budget de l'Etat en tant que recettes non fiscales et fixe la procédure de leur perception par la DGRAD pour le compte du trésor public.

La loi susdite contredit et viole la loi portant création de l'Autorité de Régulation qui a une autonomie financière.

Les recettes de cet organe n'ont jamais été inscrites au budget pour ordre. En sus, elles ne sont pas générées par des actes spécifiques tels que définis par la loi n°04/15 du 16 juillet 2004.

Elles sont payées à l'Autorité de Régulation par les exploitants des services publics des télécommunications comme une contribution pour le fonctionnement de cette dernière.

Au mépris de toutes dispositions, sur décision du gouvernement, les 20% sont affectés à l'Etat ; sur décision du Ministre des Finances répartissent le solde de 80% entre différents bénéficiaires.

Sans modifier la loi portant création de l'Autorité de Régulation en ce qui concerne les dispositions relatives aux ressources de cette dernière, la procédure introduite par la nouvelle loi empêche l'Autorité de Régulation de remplir les missions qui lui sont confiées et compromet la réalisation des investissements que cette dernière s'emploie à déployer.

Arrêté fixant la procédure de règlement des différends en matière de télécommunications et l'Arrêté fixant les règles de procédure applicables en cas de manquements par les opérateurs du secteur.

Aux termes de l'article 6 de la loi n°014/2002, l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications a le pouvoir de règlement des différends qui opposent les opérateurs et de prendre les sanctions en cas de non respect par les opérateurs des lois sur le secteur, les prescriptions des titres qui leur sont délivrés et du cahier des charges ainsi que les directives en la matière.

Cette procédure est fixée par un arrêté du Ministre des PTT.

Il est vrai que le Collège de l'ARPTC avait transmis en son temps les deux projets d'arrêtés pour signature mais aucun d'eux n'a été signé.

Comme vous pouvez le constater ces textes sont très importants pour le régulateur dans la mesure où ils permettent :

- de résoudre les différends pouvant surgir entre opérateurs du secteur, d'édicter les règles de procédure que l'ARPTC devra suivre dans sa mission de conciliation et auxquelles devront se conformer les exploitants du secteur dans la présentation de leurs demandes ou de leurs moyens de défense ;
- de faire respecter la loi sur les télécommunications, les prescriptions des titres qui leur sont délivrés et du cahier des charges et de fixer les règles de procédure applicable en matière des sanctions prévues aux articles 42, 43, 44 et 45 de la loi-cadre.

A l'absence de ces deux textes de base, le régulateur ne saura pas trancher les différends qui opposent les opérateurs, ni encore moins prendre les sanctions en cas de manquements par les opérateurs à leurs obligations.

Ces deux textes n'ont jamais fait l'objet de préoccupation du Ministre précité, malgré leur transmission pour approbation

Directives

La loi-cadre dispose d'une manière expresse, certaines directives qui doivent être prises par l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo. Il s'agit de directives relatives à l'interconnexion, homologation des équipements, au régime de déclaration.

Hormis celles-ci, il y a certains textes qui doivent être pris sans que la loi ait déterminé l'autorité habilitée à les prendre (sous forme d'un décret, arrêté ou d'une décision). Il s'agit de :

- texte fixant les conditions de délivrance des autorisations des réseaux indépendants ;
- texte fixant les conditions de délivrance des autorisations des réseaux indépendants ;
- texte fixant les caractéristiques et les conditions techniques d'utilisation des réseaux et des installations radioélectrique de faible puissance et de faible portée ;
- texte fixant la procédure de gestion de ressources en numérotation ;
- texte fixant les modalités des fréquences radioélectrique ; etc.

Le défaut de tous ces textes précités est qu'ils ne permettent pas à l'ARPTC de bien faire son travail.

Il y a lieu de signaler que tous ces textes que nous avons cités sont en train d'être examinés au niveau du Collège et même certains d'entre eux sont déjà approuvés du moins pour ceux-là qui sont de la compétence de l'ARPTC.

Mais il convient de signaler que la loi-cadre est muette pour certains textes qui doivent être pris par les deux structures. Alors que pour certaines matières, la loi parle clairement d'un décret (compétence du Président de la République), arrêté (compétence Ministre des PTT) et directives ou décision (Collège de l'ARPTC).

Pour notre part, pour éviter le vide juridique dans les mesures d'application de la loi, il appartient au Collège de l'Autorité d'apprécier si tel texte est de la compétence du Président de la République, Ministre ou du Collège de l'ARPTC, et ce en tenant compte de l'importance ou de la sensibilité de chacun des textes. Ainsi, le plan de numérotation peut faire l'objet d'un décret ou d'un arrêté, le texte fixant les conditions de délivrance des autorisations des réseaux indépendants peut faire l'objet d'une décision.

C. Matières non prévues par la loi

Sanctions pécuniaires

La loi-cadre organise les régimes juridiques des activités des télécommunications à savoir : ceux qui sont soumis à la concession l'établissement et /ou l'exploitation de tout réseau des télécommunications ouvert au public ; ceux soumis à la déclaration ; ceux soumis à autorisation l'établissement et l'exploitation de réseaux indépendants ; ceux soumis à l'homologation des équipements.

Quid en droit de régulation des télécommunications Congolais lorsque le titulaire d'une licence ou d'une autorisation ou le souscripteur d'une déclaration ne respecte pas les textes législatifs et réglementaires, ainsi que par les conditions fixées à l'occasion d'attribution des fréquences par l'ARPTC ?

Hormis la mise en demeure prévue aux articles 42 et 43 de la loi-cadre sur les télécommunications, l'article 44 de cette même loi, donne à l'Autorité de Régulation le pouvoir de sanction, soit de suspendre la licence ou de retirer une autorisation d'un fournisseur de service des télécommunications.

Au termes de cet article, la sanction qui pourrait être prise par l'Autorité de Régulation, est celle à caractère administratif compte tenu de la gravité du manquement. Elle peut suspendre le droit d'établir un réseau des télécommunications ou retirer le droit de fournir le service des télécommunications.

Le législateur n'a pas prévu la sanction pécuniaire comme partout ailleurs¹. Cette sanction, est non seulement un des outils importants de la régulation mais elle permet également à l'état de faire des recettes considérables.

Nous pensons que le législateur aurait dit prévoir que, après la mise en demeure, l'autorité de Régulation devrait prononcer, et ce par une décision motivée du Collège la peine pécuniaire à l'encontre et à charge de l'opérateur qui ne respecte pas les obligations lui imposées par les textes législatifs et réglementaires. Le montant maximum des pénalités ne doit pas être modique, on doit tenir compte de la sensibilité et du pouvoir économique de ce secteur.

Internet

En matière d'Internet, la portée de la loi est vraiment limitée. Toutes les activités qui se développent dans le secteur de télécommunications ne sont pas encadrées par les dispositions légales.

L'article 14 de la loi sur les télécommunications soumet à l'autorisation préalable de l'Autorité de Régulation, l'interconnexion entre un réseau indépendant et un réseau ouvert au public.

¹ Le code des télécommunications du Sénégal donne le pouvoir à L'ART de prononcer les sanctions pécuniaires.

Cependant, en pratique devant la difficulté consécutive à l'absence d'une réglementation des ISP (Internet Service Provider), plusieurs ISP ayant acquis leurs autorisations sous l'empire de l'ancienne législation, prétextent qu'ils sont des réseaux des télécommunications ouvert au public et sollicitent, auprès des opérateurs à infrastructures leur interconnexion.

Lorsqu'il leur fait observer qu'en tant que réseau indépendant, ils devront solliciter l'autorisation de l'ARPTC pour l'interconnexion, ces ISP se réfèrent à leurs licences de fournir l'accès à l'Internet public et par conséquent ils prétendent être des réseaux ouverts au public au même titre que les opérateurs des concessions tels que CELTEL, VODACOM et OASIS.

Cette difficulté est d'autant plus grande qu'à ce jour certains ISP évoluent en rapport d'interconnexion avec des opérateurs à réseau ouvert au public depuis avant la promulgation de la loi-cadre. Ces ISP font généralement pour ces opérateurs interconnectés le transit des communications internationales entrantes et sortantes.

Les fournisseurs des services de voix sur Internet échappent aux dispositions de la loi-cadre sur les télécommunications.

D. Conflits de compétences entre les deux structures de la régulation

Coexistence des textes contradictoires

Les conflits sont vécus dans le secteur de télécommunications en République Démocratique du Congo avec beaucoup d'acuité.

Nous avons signalé ci haut que les deux structures qui interviennent dans la régulation de télécommunications à savoir le Ministre et l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications, ont des attributions propres et partagées.

La loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 détermine les attributions du Ministre et celles de l'Autorité de Régulation. Il en est de même de la loi n°014/2002 de la même date portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des télécommunications en République Démocratique du Congo.

En dépit de cette répartition des attributions des compétences, le Décret Présidentiel n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères a confié au Ministre des PTT les attributions que les lois susmentionnées confèrent à l'Autorité de Régulation.

Aux termes des articles 6 et 19 de cette loi, le Ministre des Postes et Télécommunications a les attributions telles que nous l'avions décrites ci haut.

Mais le décret n°03/027 lui a attribué :

- la gestion du développement de nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTC)
- l'élaboration du plan de numérotation ;
- la police des ondes ;
- la centralisation et la gestion nationale des fréquences ;
- la délivrance des autorisations d'exploitation dans le secteur ;
- l'arbitrage des conflits entre opérateurs du secteur des postes, téléphones et télécommunications ;
- la surveillance générale et la police du secteur,
- la définition et l'application des principes d'interconnexion et de tarification des services publics des postes, téléphones et télécommunications,
- la promotion de la concurrence effective et loyale.

Ces mêmes attributions ont été confiées par l'article 8 de la loi cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications et par l'article 3 de la loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications à cet organe.

En effet, par sa décision n°006/CLG/ARPTC/2004 du 30/08/2004, le Collège de l'Autorité de Régulation en vertu de pouvoirs lui reconnus par la loi sur les télécommunications et celle portant sa création, avait décidé d'attribuer à la société Celtel-Congo les blocs de numéros de téléphones (099 MCDU).

Après la publication de cette décision au Journal Officiel de la République, le Ministère ayant en charge les télécommunications dans ses attributions considère comme nulle et non avenue la décision précitée au motif que l'organe qui a pris la décision n'était pas compétente en la matière. Il semble ignorer l'ARPTC et se fonde sur les dispositions de la constitution de la transition du 4 avril 2003 qui fait tomber caducs la loi sur les télécoms et celle qui crée l'ARPTC à savoir les articles 1^{er}, 71, 118,120 et 203.

Par ailleurs, le Ministère des PTT affirme que l'attribution de numéros aux opérateurs de télécommunications est de sa compétence et ce, par application du décret n°03/27 du 16 septembre 2003 qui fixe les attributions des Ministères.

Le problème qui se pose est celui de conflit des compétences entre les deux structures à savoir le Ministre et l'ARPTC appelés à réguler le marché des télécommunications en République Démocratique du Congo.

La loi-cadre et la loi qui crée l'ARPTC donne compétence à cette dernière en vertu des articles 8 littera f et 3 littera h qui lui donne le pouvoir d'élaborer et de gérer le plan national de numérotation ; le décret précité donne aussi compétence au Ministre ayant en charge les PTT de gérer et d'élaborer le plan national de numérotation.

Devant cette confusion de texte, quelle est la structure légalement compétente en la matière ?

En examinant attentivement la constitution de la transition du 04 avril 2003, il ressort que cette dernière n'a pas abrogé toutes les lois antérieures. Celles qui sont abrogées sont celles contraires

à la présente constitution, par contre les lois qui ne sont pas contraire à la constitution de la transition restent en vigueur conformément à l'article 203 qui dispose que « la législation actuellement en vigueur, pour autant qu'elle n'est pas contraire à la constitution de la transition, reste applicable aussi longtemps qu'elle n'aura pas été modifiée ou abrogée.

Toutes les matières des télécommunications ne concernent pas les matières qui relèvent du domaine de la loi tel que défini par l'article 118 de la constitution de transition.

Il est vrai qu'en vertu de l'article 118 de la constitution de la transition, les matières des télécommunications ne sont plus du domaine de la loi.

Le législateur, en les excluant dudit domaine de la loi, a simplement en vertu de l'article 120, modifié leur régime en le renvoyant dans le domaine réglementaire. Cet article dispose que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

L'article 120 précité n'a pas non plus remis en cause les lois sur les télécommunications. Cette loi subsiste. Mais elle peut être modifiée par voie de décret.

Faut-il encore que la Cour suprême de Justice puisse établir son caractère réglementaire et ce, à la demande du Gouvernement. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de cet article qui confirme que « les textes à caractère de loi intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret si la Cour suprême de Justice, à la demande du gouvernement, a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

Dans le cas d'espèce, est ce que la CSJ a été saisi d'une requête tendant à déclarer cette loi a un caractère réglementaire et qu'elle peut être modifiée par voie de décret par le Gouvernement ? Sauf avis contraire, nous ne pensons pas.

En outre, l'article 1^{er} du décret vanté qui fixe les attributions des Ministres, confirme pour des raisons de sécurité juridique, la primauté des textes légaux en vigueur qui traite de la même matière. Cet article dispose « sans préjudice des dispositions antérieures... »

Quant à la loi portant création de l'ARPTC, elle ne peut pas non plus soulever le problème juridique au regard de cette constitution qui stipule en son article 118 que la création des entreprises établissement et organismes public relève du domaine de la loi.

L'ARPTC est créée par une loi comme l'exige la constitution, son fonctionnement est conforme à celle-ci. De même avec les attributions que lui confère la loi qui la crée.

Dans la hiérarchie des normes juridiques, la loi 014 ne peut aucunement être modifiée par un décret dès lors qu'elle n'intervient pas dans une matière réglementaire.

La réalité sur le terrain est que ces deux textes ne facilitent pas la tâche à l'Autorité de Régulation d'exercer ses missions de régulateur comme il le faut.

Amendes

Les articles 68 et 69 de la loi précitée créent une confusion quant aux amendes à prononcée à charge de la personne qui exploite, sans une autorisation ou déclaration préalable. Ces articles laissent à l'administration des télécommunications le pouvoir de transiger et faire payer une amende transactionnelle (pécuniaire).

La question qu'on peut se poser est celle de savoir de quelle administration dont il est question ? De l'Administration traditionnelle des PTT ou de l'Administration Indépendante (Autorité de Régulation) ?

Pour notre part, nous pensons qu'il s'agit de l'Administration traditionnelle des PTT. Car s'il s'agissait de l'Autorité de Régulation, le législateur devrait le dire expressément. Le législateur s'est référé à l'ancienne législation sans tenir compte de toutes ces innovations intervenues dans le secteur. Cette disposition entretient une confusion entre l'ARPTC et l'Administration traditionnelle des PTT.

Nous avons eu à le dire ci-haut que l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications est compétente de délivrer les autorisations et recevoir les déclarations des opérateurs des télécommunications. Si alors elle est compétente de délivrer les autorisations et recevoir les déclarations, donc c'est elle qui est compétente par l'entremise de ses agents assermentés de rechercher les infractions en rapport avec l'exploitation du secteur sans licence ou autorisation. La compétence de transiger lui revient également, car compte tenu de son expertise, elle peut prononcer les amendes pécuniaires conséquentes.

Sous d'autres cieux, le pouvoir de prononcer les sanctions pécuniaires revient au Régulateur.¹

Le montant arrêté par le législateur comme amendes à payer par toute personne qui exploite, sans autorisations ou sans déclaration préalable représentent le montant de 10.000 à 100.000 francs Congolais, nous paraît très modique et ne reflète la réalité du secteur.

Nous pensons que le législateur ne pouvait pas limiter ce montant, car l'amende qui doit être prononcée devrait se calculer en fonction de la gravité de la faute commise et des avantages qu'en a retiré l'intéressé pendant l'exploitation sans document.

Ainsi en France, l'amende prononcée par l'Autorité de Régulation (ART aujourd'hui Arcep) est calculée en fonction de chiffre d'affaires et ne peut dépasser 3% hors taxes du dernier exercice clôturé ou 5% de ce chiffre d'affaire en cas de récidive.²

Signature et approbation d'une autorisation et cahier des charges

Dans le régime d'autorisation qui s'applique aux services de télécommunications autres que ceux prévus à l'article 18 de la loi-cadre O13/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications en République Démocratique du Congo, l'autorisation et le cahier des charges d'exploitation de service de télécommunications sont délivrés par l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications, après l'approbation du Ministre.

L'Autorité de Régulation prépare l'autorisation et le cahier des charges d'exploitation d'un service public des télécommunications et signe, après signature, elle les transmet au Ministre ayant en charge les télécommunications, pour approbation.

Malheureusement, depuis que l'Autorité de Régulation est opérationnelle en République Démocratique du Congo, toutes les autorisations et cahier des charges transmis à Madame la Ministre des PTT n'ont jamais été approuvés hormis celle de la société TELECONSULT.

¹ W. Grégoire : note sur la procédure de sanction, Ouagadougou, juin 2005

² W. Grégoire, op. cit.p. 5

En bloquant les autorisations et les cahiers des charges signés par l'Autorité de Régulation qui suit la procédure légale pour approbation, le Ministère ou l'administration des PTT délivrent les autorisations aux opérateurs au mépris de la loi en la matière.

En parcourant le texte de la loi précitée, nulle part le législateur donne un délai butoir au Ministre ayant en charge les télécommunications dans ses attributions au cas où à l'expiration de ce délai, l'autorisation n'est pas approuvée.

A défaut de ce délai, l'Autorité de Régulation est bloquée de remplir ses missions. En conséquence, les opérateurs appelés à investir dans le secteur ne sont pas sécurisés. Faut-il peut-être considérer que le silence observé par le Ministre vaut approbation tacite ?

Là aussi, c'est une situation de fait créée par le Ministre en charge des télécommunications pour des raisons qui lui sont propres.

Interférence du Ministre des PTT dans les décisions du Collège de l'ARPTC

L'alinéa 5 de l'article 5 de la loi portant création de l'Autorité de Régulation, dispose que les décisions de l'Autorité de Régulation sont susceptibles de recours devant la section administrative de la cour Suprême de Justice .

Et l'alinéa suivant ajoute que les recours ne sont pas suspensifs de l'exécution des décisions entreprises.

A titre illustratif, par sa décision du 26 août 2004, le Collège de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo, avait donné l'injonction à la société SUPERCELL de cesser toute exploitation de service de télécommunications dans les provinces qu'elle opérait.

La décision de l'Autorité de Régulation était motivée par le fait que cette société basée à l'époque de la rébellion à l'Est de la République Démocratique du Congo, exploitait le service des télécommunications jusqu'à la réunification du pays, au mépris des dispositions de la loi-cadre 013/2002 sur les télécommunications.

Aussi, elle utilisait dans les provinces où elle opérait le code 250 attribué à la République du Rwanda ; faisait usage des fréquences assignées à d'autres Opérateurs de télécommunications et ne disposait pas d'une licence régulière.

Réagissant à la décision de l'Autorité de Régulation, le Ministère en charge des télécommunications la déclare nulle et de nul effet.

Au regard de dispositions légales en la matière, la décision prise par le Collège de l'Autorité de Régulation était en à bon droit.

A notre avis, le Ministre n'avait pas qualité d'annuler la décision prise par le Régulateur.

Il appartenait à la société SUPERCELL d'introduire son recours devant la section administrative de la Cour suprême de Justice pour obtenir l'annulation de la décision du Collège. Chose qui n'a pas été faite et le Collège s'est retrouvé dans une confusion où la politique a pris le dessus empêchant ainsi l'Autorité de Régulation à remplir convenablement sa mission.

Ce sont là les différentes insuffisances qui ne permettent pas l'Autorité de Régulation de la poste d'exercer convenablement ses missions telles que définies par la loi-cadre sur les télécommunications et la loi portant sa création.

Au de là de ces insuffisances, il se pose un autre problème sérieux de la sécurité du secteur.

Le secteur des télécommunications, son importance n'est plus à démontrer aujourd'hui que ça soit sur le plan social et sur le plan économique national.

La constitution de la transition de la République Démocratique du Congo, n'a pas voulu faire ressortir ces matières du domaine de la loi, mais du domaine réglementaire. La constitution de la troisième République promulguée dernièrement, a exclu aussi le secteur des télécommunications du domaine de la loi à le renvoyant au domaine réglementaire.

Nous pensons que le législateur a commis une erreur en excluant une matière hautement sensible comme celle-ci du domaine de la loi. Avec l'évolution technologique, la plupart de pays, ont consacré les télécommunications dans la constitution (matière du domaine de la loi). Le secteur des télécommunications constitue un élément moteur pour le développement économique et social d'un pays. Cet élément devrait être pris en compte par le législateur pour le mettre dans le domaine de la loi. C'est de cette manière que le secteur peut être sécurisé par un acte du parlement. Les actes réglementaires considérés comme étant les actes de gouvernement, lorsqu'ils sont pris dans le secteur télécoms ne donne pas tellement les garanties de sécurité, car comme vous le savez, peuvent être pris, modifiés ou abrogés à tout moment suivant les humeurs de la personne habileté en la matière.

III.4.2. PERSPECTIVES D'AVENIR

Pouvons-nous affirmer avec Monsieur ELANGA BOLUMBU que l'absence totale de la régulation sur le marché des PTT se justifie par le fait de son arrivée tardive sur ce marché après que tous les autres acteurs soient opérationnels et le défaut pour la régulation de produire les mesures d'application de la loi-cadre et celle portant création de l'ARPTC¹.

Nous venons de voir les différentes faiblesses et insuffisances du cadre légal et réglementaire de la régulation des télécommunications en République Démocratique du Congo. Ce cadre légal et réglementaire ne permet pas à l'Autorité de Régulation de remplir convenablement ses missions.

La loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications n'a pas comblé toutes les lacunes du secteur des télécommunications. Cette loi énonce les principes de base régissant le secteur mais elle n'a pas été accompagnée par des mesures d'application jusqu'à ce jour.

Aussi, la portée de la loi sur terrain est très limitée par le fait qu'elle n'a pas tenu compte de toutes les activités qui se développent dans le secteur des télécommunications.

Faut-il signaler par ailleurs la coexistence des textes contradictoires à savoir la loi-cadre n°013, la loi n°014 /2002 du 16 octobre 2002 sur les télécommunications et portant la création de l'Autorité de Régulation et le décret 03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministres.

L'existence de la loi n°005/008/2005 vient modifier d'une manière tacite la loi portant création de l'Autorité de Régulation en lui retirant ses ressources.

¹ G. ELANGA BOLUMBU, Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo, nécessité ou configuration sur le marché des PTT, inédit, septembre 2005

L'ARPTC n'est pas totalement absente sur le marché des télécommunications, mais elle est bloquée dans ses missions du fait que le cadre légal est incomplet d'abord, ensuite la coexistence de textes contradictoires et enfin du défaut des textes de base réglementaires tels que les décret et arrêtés qui ne sont pas de la compétence de cette dernière, etc.

La tardiveté de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications sur le marché des télécommunications après que les autres soient opérationnels n'a jamais empêché l'ARPTC de remplir normalement ses missions. Le problème ne se pose pas du côté opérateurs, ils ont toujours défendu le respect de texte créant cette dernière de manière à lui permettre de faire son travail en toute indépendance.

En vue de pallier à toutes ces insuffisances précitées de manière à sécuriser l'Autorité de Régulation à bien remplir les missions qui lui sont confiées, il est indispensable de faire la relecture de la loi 013/2002 et celle n°014/2002 respectivement sur les télécommunications et portant création de l'Autorité de Régulation du Congo de manière à apporter les modifications éventuelles.

Ainsi en matière de conflit des compétences entre les deux structures à savoir, le Ministre et l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications, le législateur doit définir clairement les missions de chacune des structures intervenant en matière de régulation du secteur.

Que les mécanismes juridiques soient mis en place de sorte qu'aucune des institutions ne bloque l'autre d'une part et que cela fasse obstacle à l'évolution du secteur.

Cette situation s'explique par le fait que les dispositions actuelles n'ont pas prévues un délai butoir à observer quant le Ministre ne pose pas un acte d'approbation par exemple en matière d'approbation d'une autorisation. Comme c'est le cas dans la loi 78/006 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques qui prévoit un délai de cinq jours francs pendant lequel le Ministre de tutelle doit se prononcer sur les décisions de conseil d'administration¹.

S'agissant de services d'Internet, il est à noter que la loi-cadre sus évoquée ne réglemente pas dans son champ d'application, les activités de l'Internet quand bien même l'article 23 au point i fait allusion aux services à valeur ajoutée considérés comme services de télécommunications qui doivent s'appliquer au régime de l'autorisation.

Ce nouveau mode de communication qui devient de plus en plus important chez nous, mérite une réglementation particulière, car l'absence d'une telle réglementation dans l'exercice des métiers en Internet va créer un désordre généralisé dans le secteur et l'intervention de l'Autorité de Régulation posera de problèmes.

Ce genre d'insuffisances et de conflit a pour conséquence :

- entraver le bon fonctionnement de l'Autorité de Régulation et le rayonnement de son action
- décrédibiliser l'autorité de contrôle de l'Etat sur le secteur ;
- fragiliser la fonction du régulateur, son indépendance et son autonomie financière

¹ Loi n°78/002 du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques.

- insécuriser au plan juridique les investisseurs dans un secteur aussi porteur que celui des télécommunications ;
- favoriser le non respect des lois par les différents intervenants dans le secteur des télécommunications.

Pour pallier à ces défaillances, l’Autorité de Régulation qui a pour mission entre autres d’analyser et d’étudier de façon prospective l’évolution, au plan national et international, de l’environnement social, économique, technique et juridique des activités du secteur et de suggérer toute modifications législatives et réglementaire nécessaires à l’évolution du secteur, doit préparer une législation adéquate et détaillée dans ce domaine qui s’impose afin de tirer le meilleur profit de cette nouvelle pratique.

Les enjeux comme nous venons de le démontrer, sont d’ordre politiques et Juridiques.

A. Sur le plan juridique

Il est urgent que le législateur fasse l’assainissement du cadre juridique qui fixe les compétences de l’Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications afin que chacune de ces institutions agisse librement et sans empiétement.

Pour y arriver, il y a lieu que l’autorité compétente modifie le décret précité qui reprend pour le Ministre des Poste, téléphones et télécommunications les mêmes attributions légales de l’Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications.

Cette modification s’explique dans le sens qu’un décret ne peut nullement modifier une loi, car dans la hiérarchie des normes établies dans l’ordonnancement juridique de notre pays, la loi est au dessus du décret.

Par ailleurs, la loi n°05/008 du 31/03/2005 modifiant et complétant la loi n°04/015 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations doit être réviser de manière à permettre l’ARPTC de récupérer sa taxe de régulation qui est l’une de ses ressources ordinaires, car elle viole les dispositions de la loi portant création de cette dernière.

Ayant reçu mission de suggérer des modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent nécessaires à l’évolution du secteur des télécommunications, l’Autorité de Régulation est en droit de préparer des projets de textes modificatifs de la loi-cadre sur les télécommunications afin de dissiper toute confusion dans l’interprétation des dispositions légales.

Aussi toutes les activités du secteur des télécommunications non prévue par la loi-cadre sur les télécommunications à savoir l’Internet doivent être ajoutée à cette dernière.

Par ailleurs, nous estimons que les matières des télécommunications compte tenu de son importance sur le plan national, le législateur doit le classer dans le domaine de la loi comme partout ailleurs¹

B. Sur le plan politique

Pour réaliser les objectifs précisés au point précédent, la volonté politique est essentielle.

¹ Voir la constitution Sud Africaine

En effet, les autorités politiques de la République Démocratique du Congo doivent travailler en harmonie et en collaboration pour revitaliser le secteur des télécommunications qui aujourd'hui, dans plusieurs pays, contribue énormément au taux de croissance économique.

Il est nécessaire que le Président de la République, le Parlement ainsi que le Ministre ayant en charge les télécommunications dans ses attributions et toute autre autorité qui intervient d'une façon ou d'une autre, aient la même vision du secteur et considèrent l'Autorité de Régulation comme leur conseiller technique.

L'indépendance effective du régulateur exige une autonomie financière. Cette dernière ne se réduit pas à une simple formulation juridique.

Les modifications souhaitées tiendront compte des intérêts bien compris de tous les acteurs notamment le Ministre, l'Autorité de Régulation et les Opérateurs des télécommunications.

CONCLUSION GENERALE

Les activités de télécommunications ont pendant longtemps été réservées à la seule compétence de l'Etat. Ce dernier en tant que puissance publique veillait à fixer le cadre réglementaire applicable, en même temps qu'il prenait en charge l'exploitation des réseaux et des services de télécommunications notamment par le biais de l'administration centrale.

Avec l'évolution de la technologie et des innovations, qui ont nécessité la mobilisation des capitaux importants, plusieurs Etats ont dû à remplacer les cadres légaux et réglementaires anciens caractérisés par le monopole de l'Etat dans le secteur de la télécommunication, par de nouveaux cadres autorisant l'entrée de nouveaux opérateurs dans le secteur ainsi que l'essor des services innovants dans un contexte de globalisation des échanges.

A travers ces nouveaux cadres légaux et réglementaires, l'Etat, tout en organisant la privatisation du secteur des télécommunications en ouvrant le capital des entreprises publiques aux investissements privés locaux et étrangers, a séparé les activités de la poste de celles des télécommunications d'une part, et les fonctions de régulation de celle d'exploitation d'autre part.

Depuis 2002 et suite aux succès qu'ont connus ces réformes dans les différents pays, la République Démocratique du Congo a résolument opté pour cette voie en vue du développement de la télécommunication jadis caractérisée par l'insuffisance des services offerts, l'usage d'une technologie dépassée, la vétusté des équipements, la mauvaise qualité du réseau fixe, les textes légaux régissant le secteur dépassés, etc.

En effet, ces réformes sont matérialisées par la loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 et la loi n° 014 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications.

Ainsi, tous ces changements de législation et de réglementation ont ouvert la voie à la concurrence dans l'exploitation des services et la détention des réseaux de télécommunication, ainsi que dans la valorisation des divers segments du marché.

Mais l'application du décret n°03/027 de 2003 fixant les attributions des Ministères a entraîné un certain nombre de problèmes qui nous a poussé à s'interroger sur l'efficacité de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en RDC.

Le développement harmonieux du secteur des télécommunications au regard des évolutions technologiques et l'introduction de la concurrence nécessite la création d'un organe de régulation indépendant, chargé de définir les règles des jeux et de promouvoir la concurrence dans l'intérêt des acteurs : l'Etat, les opérateurs et les consommateurs, et cela dans un cadre juridique clairement défini et où chaque institution dispose des attributions distinctes qu'elle respecte sans entrave sur le bon fonctionnement des autres.

Dans le contexte particulier de la République Démocratique du Congo, certaines insuffisances (limites ou contradictions) ont été relevées dans les textes légaux et réglementaires qui y organisent le fonctionnement de la régulation. C'est notamment le conflit des compétences entre le Ministère et l'Autorité de Régulation, ce qui ne permet pas à cette dernière de remplir sa mission avec indépendance et efficacité.

Pour mettre l’Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo dans les mêmes conditions de travail que les autres Autorités de Régulation du monde, nous avons proposé de revoir les textes lacunaires dans les sens des avant-projets que l’ARPTC a déjà transmis au Ministère des PTT.

Ainsi les attributions du Ministère des PTT pourront cadrer avec la conception de la politique gouvernementale du secteur ; tandis que celles de l’ARPTC pourront se limiter à l’organisation du marché des télécommunications (empêcher les abus du marché ; encourager la concurrence, créer un climat favorable à l’investissement, poursuivre les objectifs liés au développement du secteur.

A titre illustratif, nous avons suggéré que la sanction de ceux qui exploitent irrégulièrement le secteur relève de l’ARPTC et que le montant de l’amende soit arrêté en pourcentage, à l’instar du régulateur français.

Il en est de même de l’autorisation à accorder à l’exploitant qui devrait provenir de l’ARPTC sans formalités supplémentaires d’approbation ou d’homologation par le Ministre, laquelle alourdi inutilement la procédure en la matière.

SIGLES ET ABREVIATIONS

<i>Arcep</i>	: <i>Autorité française de Régulation de communication électronique et des poste</i>
<i>ARPTC</i>	: <i>Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en République Démocratique du Congo</i>
<i>ART</i>	: <i>Autorité de Régulation des Télécommunications</i>
<i>ARTEL</i>	: <i>Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications</i>
<i>BADGE</i>	: <i>Bilan d’Aptitude des Grandes Ecoles</i>
<i>BERD</i>	: <i>Banque Européenne pour la Reconstruction et le développement</i>
<i>BID</i>	: <i>Banque Interaméricaine de Développement</i>
<i>BUD</i>	: <i>Budget</i>
<i>CAB</i>	: <i>Cabinet</i>
<i>CCT</i>	: <i>Congo Chine Télécoms</i>
<i>CEPT</i>	: <i>Conférence Européenne des Postes et Télécommunications</i>
<i>CERN</i>	: <i>Centre Européen de Recherche Nucléaire</i>
<i>CJS</i>	: <i>Cour Suprême de Justice</i>
<i>CKT</i>	: <i>Congo Koréa Télécoms</i>
<i>COPIREP</i>	: <i>Comité de Pilotage pour les Réformes des Entreprises Publiques</i>
<i>ETO</i>	: <i>Bureau Européen des Télécommunications</i>
<i>ESMT</i>	: <i>Ecole Supérieure Multinationale des Télécommunications de Dakar</i>
<i>ESNT</i>	: <i>Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications de Paris</i>
<i>FIN</i>	: <i>Finances</i>
<i>HTML</i>	: <i>Hyper Text Markup Language</i>
<i>ISP</i>	: <i>Internet Service Provider</i>
<i>MIN</i>	: <i>Ministère</i>
<i>NTC</i>	: <i>Nouvelles Technologie de communications</i>
<i>OCPT</i>	: <i>Office Congolais des Postes et des Télécommunications</i>

- OMC* : *Organisation Mondiale pour le Commerce*
- PTT* : *Postes, Téléphones et Télécommunications*
- RDC* : *République Démocratique du Congo*
- RENATELSAT* : *Réseau National des Télécommunications par Satellite*
- SADC* : *Communauté pour le Développement de l’Afrique Australe*
- SOGETEL* : *Société Générale des Télécommunications*
- TRASA* : *Association des Organes de Régulation des Télécommunications d’Afrique Australe*
- TCP/IP* : *transmission Control Protocol et Internet Protocol*
- UAT* : *Union Africaine des Télécommunications*
- UIT* : *Union Internationale de Télécommunications*
- VSAT* : *Station terrienne.*
- WATRA* : *Association Ouest Africaines des organisations de Télécommunications*

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages, cours et autres études

1. Audrey BAUDRIER, cours de l'administration et le droit de la régulation, Ouagadougou, juin 2005
2. A. SMITH, Wealth of Nations, Ed. Edwin CANNAN modern Library, 1937
3. Amé MBOBI, la restructuration de l'Office Congolais des Postes et Télécommunications (OCPT), Kinshasa, mai 2000
4. BERGOUGNOU J., services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelle régulation, 2000
5. Christian Paul M., du droit et des libertés sur l'Internet, rapport du Premier Ministre, Paris, la documentation française, 2002
6. CHEVALIER J., « Réflexion sur l'institution des autorités administrative indépendantes », JCP, 1986
7. Chou Y. et Brock G., « An économetric analysis if substutyional factoris in télécommunications reform, cité par UIT
8. G. ELANGA BOLUMBU, Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications du Congo « Nécessité ou figuration sur le marché des PTT »
9. Dianne DE BELLE SCIZE et Laurence FRANCES SHINI, « Droit de la communication », Ternis Droit, P.U.F, Paris
10. Grégoire W. : note sur la procédure de sanction, formation de badge en régulation, Ouagadougou, juin 2005
11. Hank Interven et alu, Manuel sur la réglementation des télécommunications, info dev, Washington 2000
12. Hank Interven et Mc Canthry Tetrault, Manuel sur la réglementation des télécommunications, info dev. ? Washington, 2000
13. Jacqueline DE GUILLEN CHDT, « le sectoriel et le général dans le droit de la régulation », in petites affiches, quotidien juridique n°110, juin 2002, Paris
14. Marie-Anne-Frison-Roche, le juge et la réglementation économique, annonce de la seine n°036, mai 200
15. Marie-Anne-Roche, « la Régulation : objet d'une branche du droit », les petites affiches, le anatolien juridique n°110, juin 2002, Paris
16. MUTOMBO KYAMAKOSA, étude de faisabilité du projet de création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en RDC, inédit, Kinshasa, 2002
17. Pierre VIALLE, Stratégies des opérateurs de télécommunications, Ed. HERMES, Paris, 1988
18. PIGOU, The Economics of Weffare, 4è éd. Macnilla, Londres, 1932
19. SCITOVISKY T., Two concepts External Economie, journalof polical Economy, 1954
20. SMITH A, Wealth of Nations, éd.Edwin CANNAN Modem Library, 1937

II. Documents et autres

Séminaire sur le renforcement des systèmes de réglementaires nationaux pour une bonne gouvernance publique et privée plus efficace, IBT 37F, Italie, 2004

La commission européenne, direction Générale IV, rapport sur la mise œuvre de la réglementation en matière de télécommunication, 1998

Union International des Télécommunications, Tendances des réformes dans les télécommunications : convergence et réglementation, UIT, Genève, 1999

Journal « Le Potentiel » n°3605, 15 décembre, 2005, Kinshasa

III. Textes légaux et réglementaires

Constitution de la transition de la République Démocratique du Congo de l'année 2003 ;

Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur les Télécommunications ;

Loi n°014/2002 du 16 octobre 2002 portant création de l'Autorité de Régulation de la Poste et des Télécommunications en RDC ;

Loi n°04/15 du 16 juillet 2004 fixant la nomenclature des actes générateurs des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations ainsi que leurs modalités de perception ;

Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles en France ;

Loi n°2001-15 du 27 décembre 2001 portant code des télécommunications au Sénégal ;

Loi n°95-526 du 7 juillet 1995 portant code des télécommunications en Côte d'Ivoire ;

Loi 55-01 du 18 novembre 2004 modifiant et complétant la loi 24-96 relative à la poste et aux télécommunications

Ordonnance-loi n °254/TELEC du 23 août 1940 ;

Ordonnance-loi n °68/475 du 13 décembre 1968 créant l'Office Congolais DES Postes et Télécommunications ;

Ordonnance n°97/240 du 30 septembre 1997 portant création de RNATELSAT ;

Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des Ministères en République Démocratique du Congo ;

Arrêté Interministériel n°006/CAB/FIN&BUD/2003 et n°001/CAB/MIN/PTT/2003 portant fixation de la taxe terminale sur les communications entrantes.

TABLE DES MATIERES

DEDICACE	5
INTRODUCTION GENERALE	7
I. CHAPITRE I : ASPECTS HISTORIQUES ET THEORIQUES DE LA REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS	13
I.1. Section I : les notions qui gouvernent la régulation	13
I.1.1. NECESSITE DE LA REGULATION	14
I.1.2. EVOLUTION DE LA REGULATION	16
I.1.3. INFRASTRUCTURES DE L'INFORMATION ET L'INTERVENTION DE L'ETAT	18
I.1.4. OBJECTIFS, PRINCIPES ET FONCTIONS DE LA REGULATION	20
I.2. Section II : De l'exploitation des Télécommunications	25
I.2.1. NOTIONS DES TELECOMMUNICATIONS ET REGULATION	25
I.2.2. PROBLEMATIQUE DE L'INTERNET ET DE REGULATION	27
I.2.3. FONDEMENT ET FONCTIONNEMENT DE L'AUTORITE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS	29
II. CHAPITRE II : REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS DANS LE MONDE ET EN AFRIQUE	33
II.1. Section I : Agences internationales ou organes intervenant dans la régulation des télécommunications	33
II.2. Section II : Accès universel et l'interconnexion dans les Télécommunications	35
II.2.1. ACCES UNIVERSEL	35
II.2.2. INTERCONNEXION	37
II.3. Section III : Contexte mondial et africain de la régulation des télécommunications	41
II.3.1. CONTEXTE MONDIAL	41
SOURCE: OCDE 2003, ART	42
II.3.2. CONTEXTE AFRICAIN DE LA REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS	43
II.3.3. PRIVATISATION DANS LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS	44
III. CHAPITRE III : REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS EN DROIT CONGOLAIS (RDC)	47
III.1. Section I : Cadre historique, réglementaire et institutionnel des télécommunications avant les réformes d'octobre 2002.	49
III.2. Section II : Télécommunications en RDC depuis les réformes d'octobre 2002.	52
III.2.1. DU MONOPOLE	55
III.2.2. DE LA FONCTION DE REGULATION	55
III.2.3. DE L'EXPLOITANT PUBLIC	55
III.2.4. DES REGIMES D'EXPLOITATION	56
III.2.5. DU SERVICE UNIVERSEL	56
III.2.6. DES RADIOELECTRIQUES PRIVEES	57
III.3. Section III: Observations sur les textes qui organisent les télécommunications	57

III.4. LES STRUCTURES INTERVENANT DANS LE SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS	57
SOURCE : DIRECTION ECONOMIE ET CONCURRENCE/ARPTC	59
SOURCE : DIRECTION ECONOMIE ET CONCURRENCE/ARPTC	59
III.4.1. ECUEILS LEGAUX A L'ACTION DE L'AUTOTITE DE REGULATION EN RDC	59
III.4.2. PERSPECTIVES D'AVENIR	70
CONCLUSION GENERALE	75
SIGLES ET ABREVIATIONS	77
BIBLIOGRAPHIE	79
TABLE DES MATIERES	81