

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La République Fédérale d'Allemagne

Queck, Robert

*Published in:*

Vers une nouvelle réglementation des télécommunications

*Publication date:*

1990

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Queck, R 1990, La République Fédérale d'Allemagne. Dans *Vers une nouvelle réglementation des télécommunications*. Cahiers du CRID , Numéro 4, Story Scientia, Bruxelles, p. 126-148.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

l'établissement des spécifications techniques, les tests de conformité, les procédures d'octroi de l'agrément..., prévoient l'adaptation de la réglementation néerlandaise à la réglementation européenne.

Dans la pratique, un appareil est agréé par le Ministre des transports et voies fluviales (c'est-à-dire par la direction principale des télécommunications et de la poste — HDTP) sur demande d'un fournisseur qui joint à sa demande un certificat de conformité de l'appareil terminal en question aux caractéristiques techniques exigées. Ce certificat de conformité est octroyé, après des tests, par des laboratoires disposant de la personnalité juridique et agréés par la fondation pour la reconnaissance des laboratoires (STERLAB — Stichting Erkennings Laboratoriumonderzoek). Cette dernière a été créée par le Ministre des Affaires économiques et exerce ses compétences en matière de télécommunications sur délégation du Ministre des Transports et Voies fluviales.

Actuellement, deux laboratoires sont reconnus. D'abord, un laboratoire créé par la KEMA, institut réalisant des tests dans les domaines les plus divers. Le deuxième est l'Institut néerlandais de tests pour des appareils de télécommunications (NKT). Il fait partie de la PTT Conest BV, une filiale de la PTT Nederland NV. Dans la mesure où la PTT Telecommunicatie BV peut elle-même agir comme concurrente sur le marché des terminaux, le fait qu'une de ses "filiales sœurs" soit compétente pour accorder la déclaration de conformité, pourrait désavantager des offreurs privés. Ceux-ci peuvent cependant faire aussi tester leurs appareils par la KEMA.

Il faut finalement mentionner que celui qui, à titre de professionnel, installe ou entretient des appareils terminaux, doit faire preuve de capacités professionnelles<sup>105</sup>.

#### D. La République Fédérale d'Allemagne<sup>106</sup>

##### 1. Le contexte

En République Fédérale d'Allemagne, c'est l'État fédéral (*Bund*) et non pas les États fédérés (*Länder*) qui est compétent pour le secteur de la poste et des télécommunications<sup>107</sup>. La Deutsche Bundespost (poste fédérale d'Allemagne — DBP) administration fédérale s'occupant des postes et télécommunications, était

105. Wet op de telecommunicatievoorzieningen, *op. cit.*, art. 29, al. 9. Besluit randapparaat, *op. cit.*, art. 10. Uitvoeringsregeling randapparaat, *op. cit.*, art. 9 et annexe 7.

106. Nous tenons à remercier tout particulièrement MM. BEANOT, GABANDT, HEUERMANN, MÜLLER, PLAKSACK, SCHNEZ et TRAZZA pour les éclaircissements qu'ils nous ont aimablement fournis.

107. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949 (BGBI. SI), *op. cit.* Art. 73 n° 7 et 87 al. 1. La délimitation exacte des compétences dans la matière entre État fédéral et États fédérés est cependant une question délicate à propos de laquelle le Cour constitutionnelle a été amené à se prononcer à plusieurs reprises. Cette question dépasse le cadre de la présente étude. Pour plus d'informations, cf. entre autres : J. SCHREIER, *Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, p. 609-679.

gérée par le Ministre fédéral de la Poste et des Télécommunications. En R.F.A., une séparation structurelle entre les soi-disant "poste jaune" (la poste proprement dite) et "poste grise" (les télécommunications), telle qu'on la trouve par exemple en Belgique, n'existait pas. De plus, il y avait cumulé des fonctions d'exploitation et de réglementation.

Face à cette situation, une réforme est intervenue en été 1989<sup>108</sup>, qui a été préparée entre autres par la Commission gouvernementale sur les télécommunications, instituée le 22 avril 1985, dirigée par le professeur Witte et composée de représentants du commerce et de l'industrie (employeurs et syndicats), du monde scientifique et des partis politiques. La Commission remit son rapport, qui incluait une liste de recommandations, le 16 septembre 1987<sup>109</sup>. Ce rapport ramena les discussions concernant la réforme du secteur des télécommunications et l'organisation de la poste fédérale ; discussions qui avaient été déclenchées par l'évolution technologique (convergence des technologies de télécommunications et de l'informatique)<sup>110</sup> ainsi que par des exemples de libéralisation donnés par plusieurs États (par exemple, États-Unis, Japon...). Suite à ce rapport et à une décision du Conseil des Ministres le 11 mai 1989, le gouvernement fédéral a déposé le 1er septembre 1989 un projet de loi sur "la restructuration des postes et télécommunications et de la Bundespost" (Poststrukturgesetz — PostStruktG)<sup>111</sup>. Ce projet visait une réforme de l'organisation de la poste fédérale en introduisant une séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, et en subdivisant la Bundespost en trois entreprises publiques. De plus, le projet prévoyait d'apporter des modifications au régime des secteurs des postes et télécommunications. Le tout dans le but de réadapter l'organisation de la Deutsche Bundespost et son champ d'action aux évolutions technico-économiques afin de lui permettre de rester compétitive sur le marché tout en sauvegardant ses tâches d'utilité publique.

La réforme faisait — et fait toujours — l'objet de multiples critiques<sup>112</sup>, surtout de la part de l'opposition politique (SPD, écologistes) et des syndicats. Ainsi,

108. Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und des Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz — PostStruktG) vom 8 Juni 1989, BGBI. I, 1026.

109. E. WITTE et alii, *Restructuring of the Telecommunications System. Report of the Government Commission for Telecommunications*, Heidelberg, R.V. Decker & Verlag / G. Schenk, 1988.

110. Un rapport gouvernemental sur les technologies de l'information a déjà été présenté le 14 mars 1984.

111. Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz — PostStruktG), Deutsche Bundesrat, Drs. 11/2384, Ct. à ce sujet, aussi : le concept du gouvernement fédéral en matière de télécommunications (Konzeption des Bundesregierung zur Neustrukturierung des Telekommunikationswesens, Deutscher Bundesrat, Drs. 11/2353, paru également en anglais : Federal Minister of Post and Telecommunications, *Reform of the Postal and Telecommunications System in the Federal Republic of Germany. Concept of the Federal Government for the Restructuring of Telecommunications Market*, Heidelberg, R.V. Decker & Verlag / G. Schenk, 1988 ; *citée infra* comme suit : *Concept*) ; — l'exposé des motifs (Bundesgesetz vom 14. März 1984 und Fernmeldewesen und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz — PostStruktG), Bonn, 1988 ; *citée infra* comme suit : *Begründung*).

112. Pour d'autres, H. FANCKMANN, "Telekommunikation und Poststrukturgesetz", *CAR* 7, 1989, p. 647-652.

d'aucuns craignaient que, par une libéralisation excessive, la réforme ne ruine la Deutsche Bundespost qui ne pourrait par conséquent plus remplir son rôle d'utilité publique, c'est-à-dire satisfaire les besoins en télécommunications de l'économie tout aussi bien que du grand public, parout en R.F.A. et à des conditions équivalentes. Ce déclin économique de la Deutsche Bundespost s'accompagnerait d'ailleurs, d'après les mêmes critiques, de nombreuses pertes d'emploi. De plus, il y avait des craintes concernant la possibilité pour les États fédérés de se faire entendre en cette matière importante (cette dernière crainte ayant d'ailleurs mené à la création d'un "Conseil d'infrastructure", cf. *infra*). Malgré ces résistances, le projet a été définitivement adopté le 8 juin 1989 après un débat public intense. La réforme est entrée en vigueur le 1er juillet 1989. La loi votée ne constitue cependant qu'une loi cadre qui devra être complétée par de nombreuses ordonnances (par exemple pour déterminer les services obligatoires,...). Cette loi sur la "structure des Postes"<sup>113</sup> constitue une "loi d'articles" dont le premier pose la "loi sur la constitution des Postes"<sup>114</sup>, le second modifie la loi sur les postes<sup>115</sup> (concernant le secteur des postes proprement dit) et le troisième modifie la "loi sur les installations de télécommunications"<sup>116</sup>. Les articles 4 à 7 concernent l'entrée en vigueur, l'application de la réglementation à Berlin...

## 2. Les acteurs

Les lignes de force de l'organisation de la Deutsche Bundespost et des rapports entre les acteurs publics sont essentiellement tracés par la "loi sur la constitution des Postes". Elle vise à séparer nettement la fonction d'exploitation (Deutsche Bundespost) de celle de réglementation (Ministre fédéral des Postes et Télécommunications)<sup>117</sup>, Office central des agréments — ZZF). De plus, un Conseil d'infrastructure, garant de l'intérêt des États fédérés et de l'intérêt public, interviendra dans les deux fonctions. Des organes spécifiques de concertation et de résolution des litiges (exemple : un comité de concertation) n'ont pas été prévus.

Le régime instauré par la loi sur la constitution de la Deutsche Bundespost est très complexe et ne pourra, dans le cadre cette étude, qu'être esquissé. Il sera cependant aisé de conclure à un rôle prépondérant du Ministre.

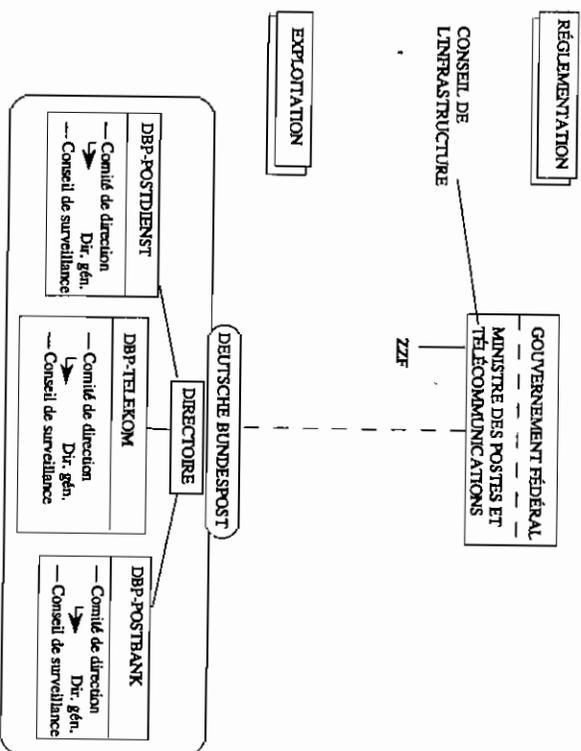
113. Gesetz zur Neustrukturierung des Post und Fernmeldewesens und des Deutschen Bundespost, *op. cit.*

114. Poststrukturgesetz Artikel 1 : Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz — PostVerg).

115. Poststrukturgesetz Artikel 2 : Änderung des Gesetzes über das Postwesen vom 28. Juni 1989 (BGBl. I S.1006) [Postgesetz — PostG].

116. Poststrukturgesetz Artikel 3 : Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. März 1977 (BGBl. I S.459, 573) [Fernmeldeanlagegesetz — FAG].

117. Par la suite, nous désignons par "le Ministre" le "Bundesminister für Post und Telekommunikation" (Ministre fédéral des Postes et Télécommunications).



### a. La Poste fédérale et la "Deutsche Bundespost TELEKOM"

#### a. Structure de la Deutsche Bundespost

— La Deutsche Bundespost constituant auparavant un bloc monolithique, est dorénavant subdivisée en trois entreprises publiques<sup>118</sup> disposant chacune d'organes de gestion propres. Il s'agit de la Deutsche Bundespost Postdienst responsable pour les services postaux, de la Deutsche Bundespost — Postbank agissant dans le domaine des services financiers et de la Deutsche Bundespost TELEKOM qui exploite les télécommunications. Il importe de voir que, d'après l'article 87 alinéa 1 de la loi fondamentale, la Deutsche Bundespost doit être organisée comme administration fédérale. Par conséquent, cette dernière et les entreprises publiques la constituant sont des administrations tombant dans le secteur public sans pouvoir être privatisées. Ceci, malgré l'organisation des organes de gestion des entreprises publiques, qui fait plutôt penser à une société privée (comité de direction ; conseil de surveillance).

Le statut d'administration fédérale aurait d'ailleurs pour conséquence<sup>119</sup> que la Deutsche Bundespost et ses entreprises publiques n'auraient pas la

118. PostVerg, *op. cit.*, § 1.

119. H. FANCKMANN, *op. cit.*, p. 650.

personnalité juridique pleine et entière. Comme ce principe conduirait cependant à des situations absurdes (vu l'action des entreprises publiques sur le marché...), la loi 120 leur accorde une personnalité juridique restreinte. En vertu de celle-ci, elles peuvent, en leur nom, conclure des contrats, agir et être poursuivies en justice.

— Le capital de la Deutsche Bundespost est un capital d'État spécialement affecté aux postes et télécommunications, capital qui est divisé entre les trois entreprises publiques.

— La Deutsche Bundespost comme telle est représentée par son *Directorie* qui, en conformité au prescrit de la loi fondamentale [article 87] exprime l'unité de la Bundespost au-delà de la subdivision en trois entreprises publiques distinctes. Le directorie est composé des présidents des comités de direction des trois entreprises publiques et dispose d'un service des affaires sociales. A côté de ces tâches de représentation judiciaire et extrajudiciaire de la DBP, le directorie assure des fonctions de coordination (par exemple en matière de principes de gestion, de synthèse des comptes annuels, de détermination des subventions croisées entre les trois entreprises publiques, etc.).

— L'unité recherchée de la Bundespost se manifeste aussi dans une série d'autres dispositions. Ainsi, les trois entreprises publiques utilisent mutuellement les prestations les unes des autres — contre "rémunération adéquate"<sup>121</sup> évidemment. La DBP Postdienst et la DBP Postbank devront donc utiliser l'infrastructure et les services de la DBP Telekom. Les actions en justice entre les trois entreprises publiques sont exclues. Mentionnons encore la possibilité de compensations financières entre les entreprises (et même entre différents services, cf. *infra*) au cas où l'une des entreprises éprouverait des difficultés financières. Si de telles compensations financières créent "sans justification objective"<sup>122</sup> des désavantages concurrentiels pour d'autres entreprises sur le marché, le Ministre (sur consultation du Ministre fédéral des Affaires économiques et éventuellement du Ministre fédéral des Finances) décide des "mesures adéquates" pour mettre fin à ces distorsions illicites de concurrence. C'est d'ailleurs le Ministre fédéral des Affaires économiques (et non le Ministre des Télécommunications) qui décide (après consultation, cependant, de ce Ministre) si une distorsion de concurrence illicite, nécessitant des mesures de rééquilibrage, existe ou non. Le Ministre fédéral des Affaires économiques peut d'ailleurs se servir de l'Office des cartels pour l'exécution de cette tâche.

## 8. La Deutsche Bundespost Telekom<sup>123</sup>

*une des trois entreprises publiques formant la Deutsche Bundespost*

### — Son rôle

Si elle ne dispose pas de compétences réglementaires, la Deutsche Bundespost Telekom est par contre l'exploitant principal de l'ensemble du marché des télécommunications. Dans l'exécution de ce rôle, elle réalise tout aussi bien des tâches dites "infrastructurelles", c'est-à-dire d'utilité publique<sup>124</sup> (par exemple, exploitation du réseau de base, fourniture de services obligatoires...) que d'autres tâches qui répondent beaucoup plus aux exigences de l'économie du marché que de celle de l'utilité publique (il s'agit de l'exploitation des services libres et du marché des terminaux, cf. *infra*, schéma).

L'action de la Deutsche Bundespost Telekom en matière de services libres et de terminaux est soumise à un régime de libre concurrence. Par contre, en ce qui concerne l'action de la Telekom dans les domaines "d'importance infrastructurelle", donc d'utilité publique, il faut opérer une distinction. D'un côté, on trouve le réseau public de base et le service téléphonique. En ces matières, la Telekom exerce des droits exclusifs. De l'autre, se situent des services dits obligatoires. Alors que la Telekom est obligée d'offrir ces services, les autres acteurs sur le marché sont libres de le faire et ceci, en principe aux conditions qu'ils choisissent librement. En R.F.A., une séparation de la DBP Telekom en deux branches — la première assurant les tâches d'utilité publique, la deuxième, les autres — n'est pas prévue.

### — Sa gestion

La Telekom est gérée par un COMITÉ DE DIRECTION ("Vorstand") sous le contrôle d'un CONSEIL DE SURVEILLANCE ("Aufsichtsrat"). Le Ministre et le Conseil de l'infrastructure ont cependant également certains pouvoirs en matière de gestion. Le comité de direction est donc responsable de la gestion de la DBP Telekom qu'il représente en justice et ailleurs. Il doit le faire avec "le soin d'un gérant ordonné et consciencieux"<sup>125</sup> et en respectant des principes généraux de gestion énoncés par la loi sur la Constitution des Postes<sup>126</sup>. De façon générale, la

123. Tout ce qui va être dit à propos de la DBP Telekom et aussi sub B à propos du Ministre vaut aussi pour les autres entreprises publiques de la Deutsche Bundespost.

124. La notion de tâche ou d'objectif "infrastructurel" est une notion clé de la réglementation allemande. Elle ne peut être confondue avec la notion d'infrastructure telle que nous l'entendons d'habitude, c'à d. dans le sens de réseau de base. Bien que notion assez vague, infrastructure dans le sens allemand semble être tout ce qui concerne les besoins fondamentaux, les besoins de base des citoyens et de l'économie. C'est pour cela que des prestations infrastructurelles doivent être assurées partout sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne et être offertes à des conditions unifiées égales. La notion nous semble donc correspondre aux notions d'utilité publique, de service public en droit belge.

125. PostVerfG, *op. cit.*, § 15 al.1.

126. PostVerfG, *op. cit.*, § 4. Parmi ces principes généraux, mentionnons l'obligation de satisfaire aux besoins des citoyens, de l'économie et de l'administration en matière de télécommunications tout en adaptant

120. PostVerfG § 5.

121. PostStammG, *op. cit.*, § 4, al. 2.

122. *Idem*, § 37, al. 4.

loi exige que la gestion assure la rentabilité de l'entreprise et réalise un profit "raisonnable". Le comité se sert d'une direction générale pour l'exécution de ses tâches. Les membres du comité de direction (sept pour la DBP Telekom) sont nommés sur une décision prise par le Ministre et le Conseil de surveillance. Au cas où un accord n'est pas obtenu entre ces deux instances, la décision est prise par le gouvernement.

Le Conseil de surveillance par contre contrôle de façon générale la gestion de la DBP Telekom par le comité de direction, notamment en ce qui concerne le respect des principes généraux de gestion. Plus particulièrement, le Conseil de surveillance peut même s'immiscer dans la gestion concrète de la DBP Telekom par des pouvoirs de décision énumérés par le paragraphe 23 alinéa 3 de la loi sur la Constitution des Postes. Le conseil de surveillance décide ainsi lui-même, sur proposition du comité de direction, de la fixation du plan économique (et ses modifications), de l'établissement des comptes annuels, de la décharge du comité de direction, de l'énoncé des dispositions réglant la gestion, du règlement intérieur de l'entreprise, de la fondation de filiales et des tarifs appliqués dans le secteur des télécommunications soumis au monopole. De plus, le Conseil de surveillance donne un avis préalable au comité de direction quand celui-ci décide des tarifs des services obligatoires. Il revient par ailleurs au seul comité de direction de décider souverainement des tarifs en matière de services libres (et de terminaux).

Il importe de noter que la loi prévoit<sup>127</sup> une possibilité d'opposition pour le comité de direction contre les décisions du comité de surveillance dans les matières énumérées au paragraphe 23 alinéa 3 de la loi sur la Constitution des Postes (cf. *supra*). La procédure très complexe débouche alors soit sur une décision du Ministre, soit sur l'acceptation de l'opposition du Comité de direction, et c'est ce dernier qui l'emporte.

Le Conseil de surveillance est composé de vingt et un membres. Sept, représentant l'Etat fédéral, sont désignés par le Ministre. Sept autres, représentant les utilisateurs, sont désignés également par le Ministre, mais après consultation<sup>128</sup> des associations représentatives de l'économie, de l'agriculture et des utilisateurs résidentiels. Les sept membres restant représentent le personnel et sont désignés par les syndicats. Même si c'est le gouvernement qui nomme les membres du conseil de surveillance, il est lié par les noms qui lui sont proposés par le Ministre ou par les syndicats, ce qui assure de fait au Ministre un pouvoir de décision sur deux tiers des membres du conseil de surveillance. Remarque

Les services offerts aux évolutions économiques et techniques. De plus, il y a obligation d'assurer des tâches infrastructurelles, c.à.d. d'utilité publique tout en assurant la rentabilité des entreprises et en garantissant l'efficacité de leurs activités économiques. Citons encore l'obligation de mener des projets de recherche.

127. PostVerfG, *op. cit.*, § 24.

128. Le § 17 de la loi sur la Constitution des Postes parle dans ce contexte d'un "Beurathen", que la BWPFT devrait réaliser avec les associations représentatives des utilisateurs. Il semble que ce terme signifie une simple consultation, un avis, qui ne lie pas le BWPFT.

d'autant plus importante que ce sont ce Ministre et le Conseil de surveillance qui nomment les membres du comité de direction.

Pour conclure, il importe d'insister sur le fait qu'indépendamment de la procédure d'opposition mentionnée, le Ministre et le Conseil d'infrastructure gardent certains pouvoirs importants de décision et d'opposition par rapport aux décisions du comité de direction en matière de tarif des services obligatoires et par rapport aux décisions prises par le Conseil de surveillance dans les matières où il a ce pouvoir.

#### — Ses rapports avec les clients

La DBP Telekom relève du secteur public et pourtant ses rapports avec des utilisateurs concernant la mise à disposition de l'infrastructure et la fourniture des services sont considérés comme des rapports de droit privé. Ceci a pour conséquence que l'ordonnance sur les télécommunications<sup>129</sup>, réglementation de droit public qui régit ces rapports encore actuellement, sera remplacée au plus tard pour le 1<sup>er</sup> juillet 1991 par une ordonnance du gouvernement fixant les conditions cadre pour l'utilisation des services de la DBP Telekom d'une part, et par des "conditions générales de vente" de droit privé fixés par la DBP Telekom d'autre part. Les tribunaux civils seront donc compétents en cas de litige.

#### — Sa position face aux concurrents

Bien que la DBP Telekom ne dispose plus de compétences réglementaires, plusieurs facteurs, en plus des droits exclusifs dont elle jouit, font en sorte qu'elle ne soit pas un "concurrent comme les autres" pour les entreprises qui voudraient se lancer sur le marché des télécommunications. Nous pensons spécialement à l'admission de *compensations financières*, c'est-à-dire de *subventions croisées*<sup>130</sup> entre les entreprises publiques de la DBP Telekom et des services fournis en monopole vers les services concurrentiels (services obligatoires et libres) [dans les limites mentionnées ci-dessus, a.]. Cette possibilité vise évidemment à assurer que la DBP Telekom puisse supporter les charges particulières liées à la fonction d'utilité publique des services obligatoires, mais est aussi accordée en principe pour tous ses autres services concurrentiels, appelés services libres. Comme ces subventions croisées peuvent conduire à des distorsions importantes de la concurrence sur le marché des services libres, on nous a affirmé au Ministère fédéral des Postes et Télécommunications que cette possibilité ne serait utilisée et n'est justifiée que pour "pallier des difficultés temporaires de lancement d'un nouveau service". Ce sont d'ailleurs ces deux hypothèses, services

129. Verordnung über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Fernmeldewesens (Fernverkehrsbedingungen) (TKO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12 August 1987 (BGBl. I S 1761).

130. PostVerfG, *op. cit.*, § 37 al. 2-4.

obligatoires et lancement d'un nouveau service, que les travaux préparatoires<sup>131</sup> aient comme exemple de subventions croisées justifiées.

La deuxième particularité à mentionner, c'est que la DBP Telekom doit payer une *redevance annuelle à l'Etat* qui atteindra seulement après le 1<sup>er</sup> janvier 1996 un montant "égal à celui qui serait dû si elle était traitée fiscalement comme entreprise indépendante"<sup>132</sup>. Jusqu'à cette date et, à cause du système appliqué, surtout en 1995, le régime lui est très favorable.

Toutes ces dérogations au principe d'un traitement égal de la DBP Telekom à celui de tous les autres sont justifiées par les responsabilités infrastructurelles, c'est-à-dire les tâches d'utilité publique, dont est chargée la DBP, et par les craintes manifestées par beaucoup des opposants au projet de réforme que la survie financière de la DBP et donc en fin de compte la réalisation des tâches d'utilité publique, ne soit plus assurée.

La loi s'efforce d'ailleurs d'assurer une *concurrence loyale* par différentes mesures concernant la gestion de la DBP Telekom. Pensons au pouvoir du Ministre fédéral des Affaires économiques (aidé par l'office des cartels) de décider que certaines subventions croisées sont illicites car entravant une concurrence loyale, et pensons aux pouvoirs du Ministre de prendre dans ces cas les mesures adéquates.

Pensons encore au contrôle de la part du Ministre et du Conseil de l'infrastructure auquel les organes de gestion de la Telekom se voient exposés en matière de tarifs de prestations et services soumis au monopole et des services obligatoires. Finalement, assurer que la DBP ne jouit pas d'avantages injustifiés sur ses concurrents sera une des tâches du Ministre ou du gouvernement fédéral dans l'exercice de la fonction de réglementation.

#### b. *Le Ministre fédéral des Postes et Télécommunications* (*Bundesminister für Post und Telekommunikation* — *BMPPT*)

D'après le paragraphe 1 de la loi sur la Constitution des Postes, le Ministre assure des tâches "politiques et de souveraineté", c'est-à-dire qu'il exerce la fonction de réglementation. C'est en fait au Ministre que revient la tâche d'exercer les droits de souveraineté de l'Etat fédéral dans le domaine des télécommunications (cf. *infra*). De plus, il garde des pouvoirs de décision en matière de gestion de sorte que la séparation des fonctions n'est pas tout à fait nette<sup>133</sup>, même si les tâches de réglementation et celles permettant une immixtion dans la

fonction d'exploitation sont assurées par des départements distincts au sein du Ministère fédéral des Postes et Télécommunications.

#### α. L'exercice de la fonction de réglementation

Le Ministre est la cheville ouvrière de la fonction de réglementation<sup>134</sup>. Soit il l'exerce lui-même, soit il propose des projets d'ordonnances au gouvernement, soit encore il délègue son exercice à des autorités spécifiques (par exemple l'office central des agréments en matière de télécommunications).

C'est ainsi que le *Ministre fixe les objectifs* "importants pour l'évolution des télécommunications et pour la réalisation des principes de la politique de la République Fédérale d'Allemagne"<sup>135</sup>, objectifs que la DBP Telekom devra réaliser à moyen ou long terme. Il détermine des spécifications techniques. Il octroie des licences pour l'installation et l'exploitation (y compris la fourniture des services) d'installations de télécommunications dans le domaine soumis aux droits exclusifs (cf. *infra*). Il fixe les règles pour l'agrément des terminaux et d'installateurs de terminaux. Avec l'accord du Bundesrat<sup>136</sup>, le Ministre impose des obligations aux offreurs de services obligatoires autres que la DBP Telekom, si cela s'avère nécessaire. De plus, le Ministre exerce la *juridiction* sur la DBP Telekom avec le but d'empêcher des actions contraires aux lois et règlements. C'est également dans l'exercice de sa fonction de réglementation que la BMPPT (après diverses procédures de consultation) *soumet au gouvernement des projets d'ordonnances* édictées par le gouvernement dans différents matières. Il s'agit de la détermination des services obligatoires, de la fixation des conditions cadre pour l'utilisation des services (y compris la mise à disposition de l'infrastructure) de la Telekom<sup>137</sup> et l'établissement des prescriptions pour la protection des données nominatives. Finalement, c'est le Ministre qui, vis-à-vis du Parlement pour le secteur des Postes et Télécommunications et qui dans l'exercice de cette responsabilité, soumet au Parlement, une fois par période législative, un rapport sur l'évolution du secteur des Postes et Télécommunications.

#### β. L'immixtion dans la fonction d'exploitation

En plus des compétences énumérées ci-dessus, le Ministre dispose de compétences que d'aucuns<sup>138</sup> classent dans l'exercice de la fonction de réglementation mais qui peuvent tout aussi bien, à notre avis, être classés dans la fonction d'exploitation. Ces compétences s'exercent d'après une procédure très complexe.

131. *Begründung...* op. cit., p. 95-96.

132. PostVerf. G., op. cit., § 43 (2).

133. H. FANGMANN, op. cit., p. 650. G. PFERREKAMM, "Die Aufgaben des Ministeriums für Post und Telekommunikation in der Zukunft. Situation zwischen Hoheit und Eigeninteresse", in F. AMOLD (Ed.), "Telekommunikation in Europa : Quo vadis ?" Online 89, Kongress I Velbert, Online GMBH, 1989, p. 1-3-01 à 1-3-04.

134. *Begründung...* op. cit., p. 23-24.

135. PostVerfG., op. cit., § 24 (1).

136. Bundesrat : Chambre des Länders. C'est la deuxième chambre du Parlement de la R.F.A.

137. Ces dispositions concernent plus particulièrement la conclusion et le fin des contrats, les droits et devoirs des commerciaux, les règles de responsabilité, ...

138. *Begründung...* op. cit., p. 23-24. G. PFERREKAMM, op. cit., p. 1-3-03.

Il y a d'abord le paragraphe 28 de la loi sur la Constitution des Postes<sup>139</sup>. Celui-ci soumet les décisions prises par le Conseil de surveillance en vertu du paragraphe 23 alinéa 3 de la loi sur la Constitution des Postes à l'accord du Ministre (qui, dans certaines hypothèses, peut uniquement refuser ou octroyer son accord après avoir pris l'avis de ses collègues). Les matières tombant sous ce pouvoir ont été énumérées ci-dessus (a, b : le conseil de surveillance) (par exemple, la fixation des tarifs dans le secteur soumis au monopole) et concernent à notre avis la gestion plutôt que la réglementation. C'est d'ailleurs également en vertu du paragraphe 28 que le Ministre peut s'opposer aux décisions du Comité de direction en ce qui concerne les tarifs essentiels à la bonne évolution économique de la DBP Telekom des services obligatoires. En matière de tarifs, le Ministre a donc un réel pouvoir d'intervention ; le Comité de direction fixe par contre "selon son bon vouloir" les tarifs pour les services libres (et les terminaux).

Une autre possibilité d'immixtion, indirecte cette fois, dans la gestion de la DBP Telekom est constituée par les pouvoirs dont le Ministre dispose lors de la nomination des membres du Comité de direction et du Conseil de surveillance.

D'autres pouvoirs sont accordés au Ministre en matière de gestion de la DBP Telekom, entre autres le pouvoir (et l'obligation) de prendre (après consultation du Ministre fédéral des Affaires économiques) les mesures adéquates pour mettre fin à une distorsion de concurrence provoquée par les subventions croisées. Dans le même ordre d'idées, le Ministre décide, après avoir consulté le Ministre fédéral des Affaires économiques, de l'affectation des bénéfices de la Telekom. Ou encore, il se met d'accord avec le Ministre fédéral des Finances sur les modalités exactes de la redevance payable annuellement par la DBP Telekom à l'Etat.

Il faut remarquer que ces possibilités offertes au Ministre de s'immiscer dans la gestion de la DBP Telekom, possibilités déjà contestables au regard des exigences d'une stricte séparation des fonctions, ne vont pas encore assez loin pour certains commentateurs<sup>140</sup>. En effet, la DBP Telekom est, d'après l'article 87 alinéa 1 de la loi fondamentale, une administration dont le Ministre est politiquement responsable. Ce principe n'a cependant de sens que si le Ministre a un réel pouvoir d'immixtion dans la gestion de la DBP Telekom, gestion pour laquelle il sera responsable. Pour cette raison, Monsieur Fangmann exige qu'en raison de la forme d'organisation juridique choisie, toute décision substantielle du Comité de direction soit annulable ou remplaçable par le Ministre<sup>141</sup>. Ceci n'est manifestement pas le cas pour la DBP Telekom au sein de

139. En ce qui concerne l'exercice par le Ministre de ces compétences, cf. également *infra* : le Conseil d'administration.

140. Loi fondamentale, *op. cit.*, art. 87.

141. Pour d'autres : H. FANGMANN, *op. cit.*, p. 650.

laquelle le comité de direction décide sur de larges pans de la gestion (par exemple, le secteur libre).

### c. Le Conseil d'infrastructure

#### α. L'institution

Une des critiques majeures adressée au projet de réforme fut le fait qu'une représentation des Länder n'avait pas été prévue dans le cadre de la fonction de réglementation (ou même d'exploitation) assurée par le Ministre. Les paragraphes 32 à 38 de la loi sur la Constitution des Postes pallient cette carence. Ils créent auprès du Ministre un organe disposant de compétences et d'avis et même de décisions. L'avenir montrera s'il s'agit d'un "tigre de papier sans dents"<sup>142</sup> ou si le Conseil va devenir dans les domaines de sa compétence un réel contre-poids au Ministre.

#### β. Composition

Le Conseil est composé de vingt-deux membres dont onze représentants du Bundesrat (Première Chambre du Parlement de la R.F.A. composée de représentants élus au suffrage direct) et de onze représentants du Bundestag (Deuxième Chambre du Parlement, composée de représentants des gouvernements des États fédérés).

#### γ. Rôle et pouvoirs

Le Conseil a des pouvoirs d'action dans tous les cas où des décisions du Ministre sont d'importance "infrastructurelle" et concernent les intérêts essentiels des Länder. Comme nous avons souligné dans la note 123, le terme "infrastructurelle" (et Conseil d'infrastructure) vise dans l'utilisation allemande tout ce qui est "d'utilité publique". Il semble que le "et" (décisions d'importance infrastructurelle et concernant les intérêts des Länder) n'est pas cumulatif, mais il n'existe de toutes façons pas d'exemple où un service d'importance infrastructurelle (et donc fourni partout en R.F.A.) ne concernerait pas en même temps les intérêts des Länder.

Les décisions du Ministre d'accorder ou de refuser son accord à une décision du Conseil de surveillance fixant les tarifs applicables au secteur soumis au monopole<sup>143</sup> de même qu'une décision du Ministre de s'opposer à une décision du Comité de direction fixant les tarifs des services obligatoires (cf. *supra* 2.b.α) sont soumises à la décision du Conseil d'infrastructure.

142. P. PETERNA, *Die künftige parlamentarische Kontrolle der Post- und Fernmeldewesens nach Verabschiedung einer Poststrukturgesetzes*, in F. ANSCHUTZ (Ed.), *op. cit.*, p. 142-108.

143. Prise par le Conseil de surveillance en vertu du § 23 (3) PostVerfG, *op. cit.*

De plus, le Conseil d'infrastructure décide sur les *projets d'ordonnance* élaborés par le Ministre, relatifs à la fixation des services obligatoires, aux conditions cadre pour l'utilisation des services de la DBP Telekom et aux dispositions en matière de protection de données nominatives (cf. *supra* 2,b,a).

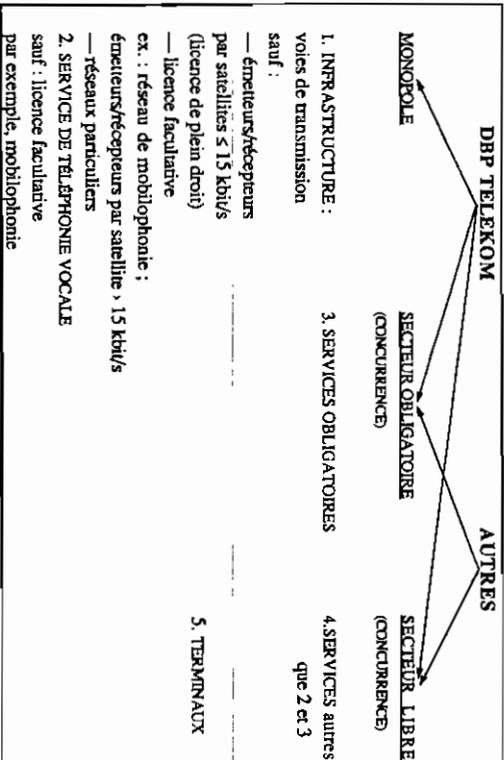
Pour les deux types de décisions, la loi<sup>144</sup> prévoit une procédure qui permettra au Ministre de soumettre, en cas de désaccord persistant, la décision du Conseil à une décision du Gouvernement fédéral. Finalement, le Conseil a le droit de se renseigner, d'émettre des avis en certaines matières, etc.

#### 4. L'Office Central pour les Agréments en matière de Télécommunications *Zentralamt für Zulassungen im Fernmeldewesen — ZZF*

L'Office, dont le siège se trouve à Saarbrücken, est compétent pour les agréments en matière de terminaux (cf. *infra*, point 4) et est rattaché au Ministre.

#### 3. L'infrastructure et les services

Le schéma suivant permet de mieux visualiser le rôle de la DBP Telekom et l'organisation réglementaire de l'infrastructure et des services de télécommunications, mais aussi des terminaux.



144. PostVerfG., *op. cit.*, § 35.

Il importe de remarquer que pour tous les éléments du marché des télécommunications (infrastructure, services et terminaux), le principe de base est dorénavant que la concurrence est la règle et que le monopole est l'exception. En d'autres termes, tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis alors que ce fut le contraire sous l'ancienne réglementation. La suite du texte montrera s'il s'agit là de simples déclarations de principe ou si la liberté n'est vraiment pas entravée par des listes d'interdictions trop volumineuses et comment la loi allemande combine liberté, c'est-à-dire concurrence, et sauvegarde de l'utilité publique.

Sans entrer dans les détails de ce problème complexe<sup>145</sup>, il importe de noter que, d'après le paragraphe 1 alinéa 1 de la loi sur les installations de télécommunications, c'est l'État fédéral (et non pas immédiatement la Deutsche Bundespost) qui détient de façon générale le droit d'agir dans le domaine des télécommunications<sup>146</sup> (soit en concurrence, soit de façon monopolistique). Les paragraphes 2 et 4 de cette même loi précisent que l'État fédéral détient des droits exclusifs en matière de télécommunications uniquement dans les domaines suivants : l'installation et l'exploitation de voies de transmission (monopole sur le réseau) et d'installations de radiocommunication<sup>147</sup>, de même que la fourniture du service téléphonique pour tiers.

La compétence d'exercice de ces droits prévus au paragraphe 1, alinéa 2 et 4 du FAG est octroyée au Ministre<sup>148</sup> et c'est par conséquent à lui que revient, dans le cadre de l'exercice de la fonction de réglementation qui lui est attribuée, la compétence d'octroyer les licences prévues en la matière (cf. *infra*).

De plus, comme d'après le paragraphe 1 de la loi sur la constitution des postes, la Deutsche Bundespost réalise la fonction d'exploitation, la compétence ministérielle d'exercer les droits et entre autres les droits exclusifs de l'État lui est sub-déleguée dans la mesure nécessaire à la fonction d'exploitation reconnue à la Deutsche Bundespost<sup>149</sup>. Dès lors, c'est la DBP Telekom qui exploitera concrètement le monopole sur le marché des télécommunications.

145. Cf. *Begründung...* *op. cit.*, p. 155-160.

146. La loi parle du droit d'installer et d'exploiter des "installations de télécommunications, c.-à-d. installations de téléphone, télégraphe et radiocommunication" (FAG, *op. cit.*, § 1 al. 1). Elles sont considérées par les équipements terminaux, les voies de transmission et les équipements de communication. Cf. *Begründung...* *op. cit.*, p. 155-156 ; J. Schwan, *op. cit.*, *opé.*, p. 63-67.

147. Dans la suite, nous ne nous étendrons pas sur le régime des installations de radiocommunication, régime par ailleurs spécifique et pas uniquement régi par la loi sur les installations de télécommunications.

148. FAG, *op. cit.*, § 1 al. 5.

149. *Ibidem*.

#### a. L'infrastructure

Dans le chapitre ci-dessous, le terme "infrastructure" signifie "réseau de base". En principe, il ne sera donc pas utilisé, dans son acception allemande, comme synonyme d'utilité publique comme cela a été fait plus haut.

##### α. Le monopole

D'après le paragraphe 1 alinéas 2 et 5 de la loi sur les installations de télécommunications, la DBP Telekom exerce le monopole sur le réseau de base ("Netzmonopol").

Ces droits exclusifs en matière de réseau couvrent uniquement les voies de transmission de toutes sortes (câbles, fibres optiques, ondes hertziennes, etc.) et les points de terminaison du réseau (par exemple, le "Network Termination Point [NT] pour le RNIS). Par contre, ils ne concernent pas les moyens de commutation (et les terminaux). Chacun pourra donc constituer des réseaux en utilisant les voies de transmission (liaisons fixes et commutées) mises à sa disposition par la DBP Telekom et assurer lui-même la commutation (à l'exception cependant de la commutation de la voix, cf. *infra*). L'exclusion de moyens de commutation se justifie par la constatation que la fonction de commutation ne peut plus, dans l'état actuel de l'évolution technologique, être clairement distinguée d'autres fonctions (de service) que les centraux de commutation peuvent également réaliser. La simple revente de capacités de transport reste interdite.

Ces droits exclusifs en matière de réseau se justifient par la fonction d'utilité publique du réseau. Ce qui signifie que le réseau de base doit être développé partout en R.F.A., même dans des hameaux isolés, et qu'il doit être mis partout à la disposition des utilisateurs et ceci à des conditions équivalentes. En raison des investissements énormes et des longs temps d'amortissement, ce but, cette fonction, ne pourrait pas — en combinaison avec l'obligation pour la DBP Telekom d'assurer sa rentabilité — être assurée en cas de concurrence entre plusieurs réseaux parallèles.<sup>150</sup>

Le monopole implique par ailleurs, l'obligation corrélatrice pour la DBP Telekom, de mettre les capacités de transport (lignes louées et commutées) à la disposition des utilisateurs.

De plus, le paragraphe 2 de la loi sur les installations de télécommunications prévoit que, dans tous les domaines soumis aux droits exclusifs, le Ministre peut accorder une licence (licence facultative) aux personnes qui le désirent. Ainsi, le Ministre pourra octroyer à d'autres que la DBP Telekom une licence leur permettant d'établir et d'exploiter des voies de transmission. De plus, le Ministre est

obligé d'accorder une licence à qui le demande dans le domaine des installations de communication par satellite à faible débit (licence de plein droit), voir ci-dessous γ.

#### β. La mobihophonie

La mobihophonie est un exemple type de la possibilité d'octroi d'une licence facultative. C'est ainsi qu'il y aura, à côté de la DBP Telekom, un deuxième exploitant d'un réseau cellulaire et digital de mobihophonie publique (réseau D). La licence permettra à son bénéficiaire d'installer lui-même des voies de transmission (et donc de déroger au monopole sur les voies de transmission), par exemple entre ses stations d'émission-réception et de commutation des ondes hertziennes. Cependant, d'après le concept du gouvernement<sup>151</sup>, le bénéficiaire devra utiliser en principe le réseau de la Bundespost pour relier ses stations entre elles ou pour les relier avec le réseau public de la DBP Telekom. S'il est donc permis de douter que l'octroi d'une deuxième licence d'exploitation d'un réseau national de mobihophonie constitue une véritable exception au monopole sur les voies de transmission, cette licence constitue, cependant, certainement une exception dans le domaine du monopole sur le service de transmission de la voix (cf. *infra*).

En plus de l'attribution d'une licence pour un deuxième exploitant du réseau D (D2 — le D1 étant exploité par la DBP Telekom), qui couvre tout le territoire de la R.F.A. (et Berlin-Ouest) et qui fera partie du réseau européen de mobihophonie, le Ministre envisage d'attribuer des licences pour des exploitants locaux ou régionaux.

De plus, l'attribution de licences pour des réseaux de sémaphonie et des réseaux hertziens privés de téléphonie vocale propres à une entreprise (par exemple, une société de taxis) et fonctionnant dans un rayon d'au moins vingt-cinq kilomètres autour d'un émetteur fixe, est prévue.<sup>152</sup>

#### γ. Les installations de communication par satellites à faible débit

(jusqu'à 15 kbit / s y compris)

Les installations d'émission et de réception par satellite à faible débit forment une véritable exception au monopole sur l'infrastructure. En effet, d'après le paragraphe 2 de la loi sur les installations de télécommunications, la licence doit être accordée (licence de plein droit) à quiconque souhaite installer et exploiter ces installations d'émission et de réception pour la transmission de données (données proprement dites, mais aussi textes, dessins, images...) à faible débit. Il suffit donc en principe (sauf raisons de trafic) de demander la licence (qui doit être octroyée) pour pouvoir en conséquence installer et exploiter un

150. *Concept...* op. cit., p. 40-41.

151. *Idem*, p. 55.

152. *Idem* p. 56-59.

réseau de télécommunications utilisant des installations de communications par satellite à faible débit (c'est-à-dire travaillant avec un débit plus petit ou égal à 15 kbit/s).

La non-soumission de ces installations au monopole trouve son fondement dans l'inexistence des justifications à la base du monopole sur l'infrastructure. Il est en effet possible d'exploiter de façon économique des réseaux par satellite parallèlement au réseau terrestre<sup>153</sup>, et leur installation partout sur le territoire ne pose aucun problème. De plus, la libéralisation vise à promouvoir l'innovation en matière de télécommunications.

La limitation de la licence aux communications à faible débit est une garantie supplémentaire pour protéger les droits exclusifs dont dispose la DBP Telekom en matière de transmission de la voix (nécessitant en principe une capacité de 64 kbit/s.) en plus de l'interdiction générale pour d'autres que la Telekom d'offrir au public le service de transmission de la voix.

En ce qui concerne les installations d'émission et de réception par satellite *travaillant à un débit plus élevé*, le Ministre peut accorder une licence (licence facultative). Il ne peut cependant refuser uniquement pour des raisons techniques (spectre des fréquences...) ou quand on craint que l'autorisation entraîne une atteinte au monopole sur la transmission de la voix (transmission qui ne peut jamais être réalisée sur des réseaux par satellite).

Des membres du Ministère fédéral des Postes et Télécommunications prévoient par ailleurs que la réglementation libérale des télécommunications par satellite n'affectera le chiffre d'affaires de la DBP que de façon minimale. De plus, la DBP Telekom participe elle-même au marché des services par satellite avec son satellite Kopernikus. La rentabilité et les fonctions d'utilité publique de la DBP ne seraient donc pas mises en péril<sup>154</sup>.

#### 6. Réseaux particuliers ne tombant pas sous le monopole

Sont libres et ne nécessitent même pas une licence — facultative ou de plein droit — [paragraphe 3 de la loi sur les installations de télécommunications] :

- les réseaux affectés exclusivement au service interne de certaines administrations ;
- les réseaux d'entreprise publiques de transport sur leurs lignes ;
- les réseaux se situant à l'intérieur d'un terrain privé ;
- les réseaux établis entre plusieurs terrains appartenant à la même personne ou réunis en une exploitation. Dans ce cas, les terrains ne peuvent pas être

séparés de plus de vingt-cinq kilomètres à vol d'oiseau et le réseau peut seulement être affecté au service gratuit de ces terrains.

#### b. Les services

Du point de vue de la Deutsche Bundespost Telekom, le marché des services est divisé en un secteur qu'elle exploite en monopole (constitué par le seul service téléphonique) et un secteur concurrentiel. Ce dernier se subdivise en services *obligatoires* c'est-à-dire services que la Telekom doit offrir pour des raisons d'utilité publique (alors que d'autres fournisseurs décident en principe librement s'ils veulent offrir ces services ou non), et en services *libres* c'est-à-dire tous les autres services, pour lesquels cette fois, la DBP Telekom peut choisir librement si elle les offre ou non.

#### α. Le monopole en matière de services

##### 1° Le principe : le service téléphonique est exploité en monopole par la DBP Telekom

Chacun peut en R.F.A. établir des réseaux de télécommunications (s'il utilise les voies de transmission mises à sa disposition par la DBP Telekom ou s'il a reçu une licence) et offrir sur ces réseaux des services de télécommunications, pour autant qu'il ne s'agisse pas du service téléphonique. Le seul service de télécommunications soumis en R.F.A. au monopole est donc le service téléphonique.

Le monopole sur le service téléphonique se justifie par le fait que celui-ci est, par sa structure tarifaire, véritablement "non-concurrentiel". En effet, le tarif du service téléphonique est dans beaucoup de domaines (par exemple, les communications à longue distance) plus élevé que les coûts. Ceci pour deux raisons :

- D'abord et surtout, les *rentées financières* du service téléphonique sont utilisées pour assurer le paiement de la redevance que la Bundespost (et pas seulement la Telekom) doit à l'Etat, pour financer d'abord les subventions croisées entre les entreprises de la Deutsche Bundespost (surtout en faveur de la DBP Postdienst) et pour financer également les fonctions d'utilité publique remplies par la Telekom. En effet, la Telekom doit développer le réseau de base partout en Allemagne et le mettre à la disposition de tous à conditions égales. De plus, elle devra offrir, obligatoirement et sous une forme bien définie, certains services (les services obligatoires, cf. *infra*).

Le service téléphonique lui-même remplit des tâches considérées comme d'utilité publique. Il y a obligation de demander à tout utilisateur le même prix (même s'il se trouve dans une zone isolée du pays, où les coûts sont plus élevés que les rentées). Il y a aussi obligation, par exception à ce qui vient d'être dit, d'assurer un tarif préférentiel pour Berlin. Il y a en plus

153. G. Trautz, "Stand der Neuordnung des Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland", in F. Ansohn, *op. cit.*, p. 1-1-06.

154. *Ibidem*, p. 1-1-07.

obligation de fournir des communications locales à faible prix (par rapport à leur coût). Toutes ces obligations ne devraient évidemment pas être respectées par des fournisseurs privés qui ainsi choisiraient de n'offrir un service téléphonique que sur des trajets économiquement intéressants (par exemple, entre deux grandes villes). Sur ces trajets, ils seraient alors moins chers que la Telekom et "éventuellement" celle-ci, c'est-à-dire qu'ils enlèveraient à la Telekom la possibilité d'agir aussi sur ses secteurs rentables et de s'assurer ainsi les rentrées financières nécessaires.

Bref, telle qu'elle est censée le faire, la DBP ne pourrait pas offrir le service téléphonique parallèlement à d'autres fournisseurs. Soumettre le service téléphonique à la concurrence signifierait en effet mettre ses missions en péril.

Le service téléphonique *exploité en monopole* par la DBP Telekom se définit comme un service pour lequel la transmission de la voix point à point constitue le but principal, transmission offerte à des tiers ("fir andere") qui se fait de façon simultanée (donc sans stockage) et sans l'ajout d'aucun traitement (par exemple, changement des signaux vocaux en langage d'ordinateur)<sup>155</sup>.

L'inclusion de la notion de "but principal" vise à assurer que, non seulement le service téléphonique classique (y compris, d'après les travaux préparatoires, celui fourni par le RNS156) mais aussi ses évolutions et compléments futurs tombent sous ce monopole — aussi longtemps que la transmission de la voix reste la raison d'être de ce service ou que ce service n'a aucun sens sans transmission de la voix. Un ajout insignifiant, de musique par exemple, ne ferait donc pas échapper le service au monopole aussi longtemps que la transmission de la voix reste le but principal. Le vocable "but principal" traduit donc une volonté d'appliquer le monopole sur le service téléphonique de façon extensive.

En matière de service téléphonique, le monopole de la DBP Telekom est, comme en matière d'infrastructure, "compensé" par l'obligation de fournir ce service à quiconque le demande (ceci découle d'ailleurs logiquement du caractère du service téléphonique comme service d'utilité publique).

## 2° Une exception : la *mobliophonie*

La possibilité accordée au Ministre par le paragraphe 2 de la loi sur les installations de télécommunications d'octroyer des licences dans les domaines soumis à des droits exclusifs (licence facultative, cf. *supra*) est aussi d'application en matière de service téléphonique. La *mobliophonie* (service téléphonique fourni en utilisant des ondes hertziennes et donc de façon mobile, par exemple à bord d'une voiture), en constitue un exemple. En effet, le Ministre avait lancé un appel à des candidats pour l'exploitation d'un deuxième réseau cellulaire digital (D2) de *mobliophonie* qui ferait partie du réseau européen. C'était devenu

nécessaire parce que les réseaux actuellement existants et exploités par la Deutsche Bundespost touchent aux limites imposées par la rareté des fréquences. Parmi les dix entreprises ou groupe qui étaient candidats, le Ministre a choisi le consortium Mannesmann Mobilfunk qui exploitera cette licence qui est souvent considérée comme valant de l'or pur.

Il importe de noter qu'à côté de la possibilité d'obtenir une licence pour exploiter un service téléphonique pour tiers, la transmission de la voix pour soi-même, par exemple de façon interne à une entreprise, est estimée possible sans obtention de licences. Elle ne tombe en effet pas dans le champ du service soumis à monopole (cf. *supra* définition du service téléphonique soumis au monopole : transmission offerte à des tiers).

### B. Les services soumis aux régimes de la concurrence

#### 1° Les services concurrentiels

Le secteur concurrentiel, c'est-à-dire le segment du marché où la DBP Telekom devra affronter d'autres offreurs de services de télécommunications, se subdivise en services obligatoires (réglementés mais en principe uniquement en ce qui concerne la DBP Telekom) et services libres.

#### — Les services obligatoires

Il s'agit de services d'importance "infrastructurelle", donc d'utilité publique (cf. note 123). Comme leur fourniture est estimée d'intérêt public, la Telekom doit les fournir. Les autres acteurs sur le marché, par contre, sont libres de les offrir ou non. La classification d'un service comme obligatoire (pour la DBP) ne les concerne donc pas — en principe, cf. *infra*. La liste des services obligatoires sera fixée par ordonnance du gouvernement (après consultation de la Deutsche Bundespost par le Ministre, cf. *supra*). On pourrait, par exemple, penser à un service de transport de données, un service de téléfax, de téléx... A l'heure actuelle, le gouvernement n'a pas encore tranché et il est prévu qu'il observera d'abord l'évolution du marché avant de déterminer ces services obligatoires. Lors des discussions publiques précédant le vote de la réforme, s'est exprimée la crainte que cette liste ne soit jamais fixée et que la possibilité prévue dans la loi ne soit qu'un simple moyen d'apaiser ceux qui pensent que la Telekom pourrait négliger sa fonction d'utilité publique en faveur de ses activités commerciales.

L'ordonnance déterminant les services obligatoires peut d'ailleurs imposer les "structures essentielles des services" (c'est-à-dire leur organisation) et des tarifs<sup>157</sup> (par exemple, même tarif partout sur le territoire). Ces obligations visent à assurer la fonction d'utilité publique du ou des services. Comme les autres acteurs pourront offrir les services obligatoires pour la Telekom sans être liés par les obligations en matière de "structure" du service ou en matière de tarifs,

155. *Concept...* op. cit., p. 64-65. — *Begründung...* op. cit. *supra*, p. 159

156. *Idem.*

157. PostVerfG, op. cit., § 25 (2). Il s'agit de termes vagues qui devront être remplis de vie par l'ordonnance.

ces obligations peuvent avoir pour conséquence que la DBP Telekom ne pourra plus fournir ces services de façon concurrentielle. Dans ce cas, des subventions croisées (venant par exemple des rentrées du service téléphonique) devront combler le désavantage de la DBP Telekom.

Si la fourniture d'un service obligatoire ne peut plus être garantie par la Telekom,

*parce que sa possibilité de l'offrir de façon concurrentielle, c'est-à-dire de façon financièrement équilibrée, est "gravement" compromise par les obligations en matière de structure du service et en matière tarifaire, et*

*parce que les subventions croisées ne permettent plus de combler les lacunes à cause d'un "manque de rentabilité persistant"<sup>158</sup> des services soumis au monopole (non seulement de la DBP Telekom, mais aussi de la Poste, etc.), alors une ordonnance du Ministre (avec accord du Bundesrat) pourra soumettre les autres acteurs qui offrent ce service (ou des services similaires) à des obligations destinées à rétablir l'équilibre<sup>159</sup>. Ces conditions concernent les conditions de l'offre ("d'un point de vue qualitatif et territorial")<sup>160</sup> de même que le prix. Cette disposition ne concerne pas les entreprises qui ont une part du marché inférieure à 3 %.*

Il s'agit d'une mesure certainement draconienne mais qui ne pourra jouer que dans un cadre très strict et qui illustre, à notre avis, la difficile recherche d'un équilibre entre les exigences de l'utilité publique et celle de la concurrence.

Finalement, il faut remarquer que le paragraphe 65 alinéa 2 de la loi sur la Constitution des Postes impose aux entreprises de la Deutsche Bundespost d'offrir les services offerts au 1er juillet 1989 jusqu'à la promulgation des ordonnances déterminant les services obligatoires.

#### — Les services libres

Il s'agit de tous les services autres que le service téléphonique et les services obligatoires. Ils peuvent être librement offerts par la DBP Telekom (qui pour ces services n'est pas soumise à des restrictions) et par d'autres fournisseurs qui le souhaitent. Rappelons que pour les offreurs autres que la Deutsche Bundespost, il n'y a en principe que des services soumis à monopole et des services concurrentiels. En effet, c'est seulement pour la DBP Telekom que la loi distingue services libres et obligatoires (sous réserve des remarques faites ci-dessus concernant la survie financière des services obligatoires).

Les seules restrictions prévues actuellement en matière de services libres visent la protection des données nominatives<sup>161</sup>. Cette catégorie de services dits libres contient la grande majorité des services.

158. FAG, *op. cit.*, § 1 a (2).

159. *Ibidem*.

160. *Ibidem*.

161. PostVerfG, *op. cit.*, § 30 (2) ; FAG, *op. cit.*, § 10, 14 a.

## 2° La procédure de déclaration

Tout autre que la DBP Telekom qui veut offrir un service concurrentiel (soit obligatoire pour la DBP Telekom, soit libre) doit simplement déclarer le commencement de son activité par écrit au Ministre. Ceci au plus tard un mois après le démarrage du service. La modification et la cessation de la fourniture doivent aussi être déclarées. Le Ministre publie ces déclarations deux fois par an<sup>162</sup>.

Cette procédure<sup>163</sup> — qui ne constitue pas une procédure d'autorisation — vise à donner une vue d'ensemble sur l'approvisionnement en télécommunications. De plus, elle permettra au Ministre de voir si un service contrevient à l'interdiction d'offrir le service téléphonique à des tiers et d'introduire, le cas échéant, les mesures adéquates. Citons la possibilité de déclencher des poursuites pénales (et éventuellement de confiscation) [paragraphe 15 et 20 de la loi sur les installations de télécommunications].

## 4. Les terminaux

Le *marché des terminaux* étant libéralisé<sup>164</sup>, la DBP Telekom agira donc en concurrence avec tous les acteurs qui le souhaitent. Il suffit que le terminal avant sa connexion au réseau soit agréé par le "Zentralamt für Zulassung im Fernmeldewesen"<sup>165</sup> (ZZF — Office central des agréments en matière de télécommunications), rattaché au Ministère et non plus à la Deutsche Bundespost. Le gouvernement fédéral considère en effet<sup>166</sup> la concurrence comme la meilleure solution macro-économique pour le secteur des terminaux. Cette concurrence constitue d'ailleurs, d'après le gouvernement fédéral, une condition *sine qua non* pour le développement d'une industrie européenne de la communication et de l'information mondialement concurrentielle<sup>167</sup>.

L'agrément présuppose que le raccordement du terminal au réseau ne détériore ni ce dernier, ni d'autres terminaux, ni ne cause de dommage à des personnes. De plus, le terminal doit remplir les conditions de fonctionnement du service auquel il est destiné. La procédure de l'agrément sera fixée par ordonnance du Ministre fédéral des Postes et Télécommunications (cf. *supra*) qui tiendra, pour ce faire, compte de la réglementation européenne en vigueur en la matière<sup>168</sup>.

162. FAG, *op. cit.*, § 1 a, al. 1.

163. *Begründung...* *op. cit.*, p. 161.

164. FAG, *op. cit.*, § 1 al. 3.

165. FAG, *op. cit.*, § 2 al. 3.

166. *Concept...* *op. cit.*, p. 72.

167. *Iidem*, p. 73.

168. FAG, *op. cit.*, § 2 a (1,4,5).

Comme exception temporaire à la libéralisation, nous devons noter le premier appareil téléphonique. Il reste soumis au monopole de la DBP Telekom jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1990.

L'installation et l'entretien des terminaux sont également libéralisés. Il existe cependant certains terminaux (déterminés par le Ministre), qui pour des raisons de sécurité du trafic des télécommunications devront être installés et maintenus par des personnes agréées. Le Ministre fixe également les conditions et la procédure de l'octroi (et de retrait) de cet agrément<sup>169</sup> qui est, lui aussi, accordé par le "Zentralamt für Zulassungen im Fernmeldewesen".

## E. Résumé

Au terme de cette analyse de droits nationaux, nous constatons que la réglementation des télécommunications, en pleine évolution dans les pays étudiés, octroie de plus en plus de liberté aux acteurs qui opèrent sur ce marché.

La Grande-Bretagne est le premier pays européen à avoir privatisé et libéralisé le secteur des services de télécommunications et ce processus de libéralisation a abouti, en 1989, à la libéralisation de la simple revente de capacités.

La réglementation des télécommunications en France se situe à mi-chemin de cette route qui devrait la conduire à une réforme totale du secteur. Elle a déjà libéralisé des services à valeur ajoutée et cherche maintenant à adapter le statut des organes de réglementation et d'exploitation aux nouvelles exigences européennes. Avant le vote d'une loi, en mars 1990, qui devrait consacrer ces réformes, les Français ont jugé utile d'ouvrir un large débat public sur l'avenir du service public des PTT<sup>170</sup>.

Les Pays-Bas viennent de voter un ensemble de quatre lois, entrées en vigueur en 1989, portant réforme du secteur des Postes et Télécommunications. Ces lois constituent une réglementation cadre qui est, et qui devra encore, être complétée par de nombreuses ordonnances, directives, etc. Cette réglementation "jeune" devra encore être confrontée à la réalité du secteur pendant quelques années avant qu'on puisse tirer de véritables leçons.

La République Fédérale d'Allemagne vient tout récemment de se doter d'une nouvelle réglementation qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1989. Celle-ci restructure l'administration des Postes et Télécommunications (*Deutsche Bundespost*) et réorganise le marché des télécommunications dans le sens d'une (relativement) plus grande libéralisation. Il s'agit aussi d'une réglementation

cadre qui devra encore sous de nombreux points (par exemple les lignes louées) recevoir une concrétisation.

Une analyse verticale de la réglementation dans les différents pays permet de connaître l'évolution de la législation dans ces pays, les règles choisies, leur application, succès et échec. Mais au-delà, afin de pouvoir véritablement confronter les choix et tirer des leçons de cette analyse, il est nécessaire d'établir une analyse horizontale c'est-à-dire une comparaison de ces législations, secteur par secteur.

### 1. La séparation des fonctions

Au vu des textes, les quatre pays analysés ont répondu au souhait de la Commission des Communautés européennes qui prône une séparation des fonctions de réglementation, d'une part, et d'exploitation, d'autre part. Mais, dans la réalité, cette séparation n'est pas toujours aussi évidente qu'il y paraît. Et, pour le moment, dans certains pays, les différentes fonctions sont chapautées directement ou indirectement par le Ministre des PTT qui pourrait, de ce fait, abuser de son pouvoir en faveur de l'acteur public.

En Grande-Bretagne, la compétence réglementaire en matière de télécommunications appartient au Secrétaire d'État au Commerce et à l'Industrie qui octroie les licences autorisant l'exploitation de systèmes de télécommunications. Le Secrétaire d'État exerce ses compétences en collaborant avec l'OFTEL, organe indépendant, responsable devant le Parlement. L'OFTEL a un rôle de conseil du Ministère du Commerce et de l'Industrie, il peut se voir déléguer le pouvoir d'octroyer des licences et a aussi, en principe, un rôle de surveillance de l'application des licences. En pratique, cette fonction est peu exercée. En effet, étant donné la complexité de la réglementation, le contrôle de son application est difficile. La compétence d'exploitation, quant à elle, est exercée par toute personne désireuse d'exploiter un système de télécommunications à condition d'y être autorisée par une licence. Ce principe de l'obtention d'une licence est valable aussi bien pour les opérateurs privés que pour les opérateurs publics. Au nombre de ces acteurs publics, on trouve : British Telecom, Mercury, la ville de Kingston-upon-Hull et des sociétés de télédistribution.

En France, la nouvelle organisation du Ministère des Postes, des Télécommunications et de l'Espace, confirme la séparation fonctionnelle des activités. La Direction générale des Télécommunications (France Télécom) et la Direction à la Réglementation générale sont indépendantes l'une de l'autre ; mais nous constatons, cependant, qu'elles agissent toutes les deux sous la tutelle du même Ministre. France Télécom, qui n'a pas encore de statut juridique indépendant, exploite et gère des réseaux et services. La Direction à la Réglementation générale s'occupe des autorisations, du respect des règles de concurrence, de la procédure d'agrément. Jusqu'au vote d'une loi qui devrait

169. *Ibid.*, § 2 a (2.4.5).

170. Rapport de synthèse remis par H. PAVOY à P. QUILLES, Ministre des Postes, Télécommunications et Espace, à l'issue d'un débat public sur l'avenir du service public de la Poste et des Télécommunications, 31 juillet 1989.