

Réglementation du marché des communications

Le défi de la convergence technologique

19 septembre 2005

Numéro 33

dossierpolitique

La réglementation face au défi de la convergence technologique

L'essentiel, en bref

L'ouverture des marchés des (télé)communications doit renforcer la concurrence. Dans l'intérêt général, on en attend des produits et services plus variés et de meilleure qualité, ainsi que des prix plus bas. Pour atteindre ce but, il faut, dans des situations données, permettre ou faciliter l'accès aux réseaux et aux infrastructures considérés comme des services essentiels (« essential facilities »), lorsque ces services sont opérés par des entreprises en position dominante sur le marché.

La convergence technologique observable dans le domaine de la communication modifie la délimitation (ou définition) des marchés. Il y a quelques années encore, chaque application relevait d'une technologie spécifique. Aujourd'hui, les frontières entre technologies disparaissent de plus en plus. Par exemple, des programmes télévisés peuvent aussi se transmettre par des lignes téléphoniques et la diffusion sans fil de conversations ou de données peut se substituer aux réseaux fixes. Mais alors que les marchés concernés se transforment très rapidement, les procédures à suivre pour obtenir un accès peuvent durer des années.

Il en résulte une incertitude juridique qui hypothèque les investissements et contrarie les effets positifs de la libéralisation. Indépendamment des divergences qui subsistent dans la LTC et la LRTV, l'application pratique des textes va aussi devoir tenir compte de cette convergence technologique. De plus, il ne s'agit plus désormais d'assurer uniquement l'accès à des infrastructures fixes en tant que telles, mais aussi aux services et aux contenus.

Position d'economiesuisse

L'ouverture des marchés dans le domaine des communications revêt une importance capitale. Dès lors, economiesuisse soutient très clairement les efforts de libéralisation touchant la loi sur les télécommunications (LTC), et par là le démantèlement des barrières s'opposant à l'entrée sur le marché de nouveaux prestataires. La pression concurrentielle stimule l'innovation. La mise en place de réseaux et d'infrastructures efficaces exige une sécurité juridique et une protection des investissements. L'évaluation d'une position (dominante) sur le marché est nécessaire, mais elle doit tenir compte de l'évolution technologique et des possibilités effectives offertes par le marché. Les interventions doivent être adaptées aux conditions nouvelles afin d'éviter tout effet contre-performant.

Les marchés ouverts renforcent la concurrence et stimulent l'innovation. Le marché des télécommunications en est un excellent exemple. Les mesures de libéralisation prises jusqu'ici dans ont apporté aux entreprises et aux consommateurs un plus large choix, enrichi la gamme des produits, abaissé le niveau des prix et stimulé le développement de nouvelles technologies¹.

Sur certains marchés, la concurrence ne peut s'épanouir que si les offrants en présence peuvent accéder à une « installation essentielle » (ou « infrastructure-clé » - essential facility -) détenue par un compétiteur dominant sur un marché situé en amont². C'est le cas dans le domaine des télécommunications. Par conséquent, parallèlement à la libéralisation opérée en Suisse comme sur le plan international, des conditions d'accès aux réseaux ont été définies.

La doctrine des « services essentiels »

Cette doctrine est une application des dispositions du droit de la concurrence et tire son origine de la question des abus de position dominante sur le marché. Dans la mesure où l'état actuel ou potentiel de la concurrence offre des solutions insuffisantes, une entreprise en position dominante est tenue d'accorder à ses concurrents un accès à des installations essentielles à des conditions non discriminatoires. Cet accès peut être obtenu grâce aux autorités de la concurrence ou dans le cadre d'une réglementation sectorielle spécifique.

Les réglementations sectorielles spécifiques élargissent les conditions d'accès par rapport au droit de la concurrence et contiennent des dispositions relatives à l'aménagement des prix et à d'autres modalités d'octroi de l'accès. La doctrine des services essentiels n'est pas limitée aux infrastructures (ferroviaires, portuaires, de télécommunications, etc.), mais s'applique aussi en lien avec des droits de propriété intellectuelle. Elle introduit également une obligation de contracter.

Selon la doctrine dominante fondée sur des années de riche jurisprudence aux Etats-Unis³ et en Europe, cet accès doit être accordé lorsque :

- Une infrastructure unique est sous le contrôle d'une entreprise en position dominante ou d'un monopoleur
- L'accès aux installations en question est indispensable pour permettre à des concurrents de fournir leurs services
- Demander aux concurrents de construire une infrastructure parallèle n'est pas réaliste
- Le propriétaire de l'infrastructure a la possibilité (technique) d'en offrir l'accès.

Du point de vue économique, un « service essentiel » combine des coûts fixes et irréversibles. Le marché des communications, précisément, exige le plus souvent de grands investissements dans la construction et l'entretien des réseaux, investissements qui, par leur taille, se traduisent par des économies d'échelle, autrement dit une baisse des coûts moyens.

L'un des critères les plus controversés est bien la question de savoir si et pour qui la mise en place d'une infrastructure propre est une possibilité réaliste. La mise en place d'une deuxième infrastructure doit-elle être de facto impossible, ou bien faut-il garantir l'ouverture dès l'instant où cette deuxième installation n'est pas économiquement réalisable ? Le préjudice à la concurrence constitue-t-il une raison suffisante pour introduire une obligation de contracter ? Parmi les industries de réseaux à fort coefficient de capital et qui sont exposés à des risques d'investissement élevés, le danger existe qu'une entreprise éventuellement visée par l'obligation d'accès investisse trop peu dans une infrastructure clé parce qu'elle devra partager les fruits de cet investissement avec des concurrents, alors qu'elle sera tenue d'assumer seule les pertes éventuelles liées au manque de rentabilité de l'infrastructure. Ces facteurs dissuasifs pour les investisseurs sont connus depuis longtemps en théorie économique. A l'inverse, dans les marchés plus mûrs, grevés de risques moins importants, le danger existe qu'une réglementation trop réservée pousse les concurrents à investir dans leurs propres infrastructures sans que cela n'apporte un gain à l'économie dans son ensemble. Dans la pratique, la doctrine du « service essentiel » s'applique plus facilement à l'égard des ex-entreprises

¹ Voir aussi notre Dossier politique du 25 août 2003 : « Loi sur les télécommunications (LTC) : libéraliser et restreindre l'interventionnisme ».

² La première décision de ce type a été prise aux Etats-Unis à l'égard des chemins de fer. L'accès aux ponts principaux devait être garanti aux concurrents puisque lui seul leur permettait d'offrir leurs services.

³ Voir notamment Mats A. Bergmann, *Journal of Industry, Competition and Trade* 5-26, 2005

d'Etat, car à l'époque des monopoles, les risques liés à la mise en place d'infrastructures étaient relativement plus faible. En revanche, les situations de monopole qui peuvent surgir au stade initial d'une nouvelle technologie ne doivent pas donner lieu à des interventions. Sans quoi, elles risquent d'effrayer les investisseurs initiaux dans des projets novateurs, partant de freiner plutôt que d'encourager le progrès.

Situation sur le marché suisse des télécommunications

Comme dans d'autres pays industrialisés, les Télécoms PTT se sont vu retirer dans les années 90 leur monopole légal sur la fourniture de services de télécommunications. De plus, obligation leur a été faite d'ouvrir leurs lignes aux réseaux téléphoniques de concurrents (interconnexion à des conditions réglementées). En donnant le champ libre à la concurrence dans les domaines traditionnels des télécommunications comme dans ceux des mobiles et des transmissions à larges bandes, cette libéralisation a valu jusqu'ici au public de bénéficier très bonnes prestations et d'une baisse des prix. Les raccordements domestiques traditionnels («boucle locale de cuivre ») restent cependant aux mains de l'ancien monopoleur. Ainsi pour le réseau téléphonique, Swisscom possède seule l'infrastructure d'accès aux ménages et à la plupart des entreprises. Les grandes entreprises, quant à elles, disposent souvent de leurs propres accès aux réseaux, et pour certaines technologies et dans certaines régions, le réseau câblé offre aussi une possibilité d'accès à des ménages privés. La concurrence infrastructurelle entre Swisscom et les opérateurs de réseaux câblés pourrait avoir contribué à la forte abondance de raccordement à larges bandes qui caractérise aujourd'hui la Suisse par rapport à l'Europe.

Par analogie avec la réglementation de l'UE et de la plupart des pays industrialisés, l'accès aux raccordements domestiques doit aussi s'ouvrir à d'autres fournisseurs de télécommunications. On parle à ce propos de « dégroupage », ou « d'ouverture du dernier kilomètre ». Les questions les plus disputées sont d'un côté l'ampleur de cette ouverture (p. ex : doit-elle se limiter au câble ou s'étendre aux installations des centrales ?) et de l'autre les types des réseaux qu'il convient d'ouvrir (p. ex. : seulement le fil de cuivre traditionnel, ou

également les nouvelles technologies ?). Malgré les divergences qui subsistent encore entre les Chambres, il apparaît déjà que la loi révisée sur les télécommunications (LTC) contiendra une obligation d'accès aux structures de télécommunications de portée sensiblement plus grande que celle qui est définie dans la législation actuelle.

Position d'économiesuisse sur les divergences des Chambres à propos de la LTC

L'ouverture du dernier kilomètre doit être saluée. La réglementation doit tenir compte des mutations rapides du marché (p. ex. : la téléphonie Internet). Les investissements dans de nouvelles infrastructures ne doivent pas être freinés par l'obligation de les ouvrir sans risque à des concurrents. Les débats parlementaires, qui durent déjà depuis longtemps, doivent être menés rapidement à leur terme. Dans ce domaine, l'économie juge déterminants les cinq critères que voici :

- assurer la sécurité du droit,
- promouvoir la concurrence en priorité par le droit de la concurrence,
- limiter les interventions sectorielles au strict nécessaire,
- ne pas attribuer de compétences d'intervention préalables aux autorités,
- promouvoir les investissements dans l'infrastructure et l'innovation.

La décision du Conseil national respecte ces critères. Dans la solution proposée par le Conseil des Etats, en revanche, l'inclusion de futurs réseaux pourrait avoir un effet paralysant sur les investissements si une délimitation trop étroite permettrait de conclure trop vite à une situation de domination du marché. Les mesures prévues par le Conseil national pour raccourcir la procédure sont déterminantes pour obtenir des décisions en temps utile.

Aujourd'hui, plus de 80% des entreprises et des ménages suisses utilisent au moins deux raccordements à des réseaux de communication : un raccordement Swisscom et un autre à l'opérateur télé-réseau (câble) de leur région.. A cela s'ajoutent des raccordements fixes ou mobiles à des réseaux hertziens. De même, il est techniquement possible de transmettre la parole ou des données par les fils du réseau électrique.

A l'heure actuelle, toutefois, tous ces accès alterna-

tifs ne sont pas encore absolument fiables. De plus, il peut y avoir des clients qui, pour certaines applications spécifiques, n'ont pas encore le choix du « dernier kilomètre » (p. ex. les réseaux câblés locaux ne se développent que progressivement pour la transmission téléphonique⁴). C'est en particulier le cas dans des régions où, dans une optique d'économie d'entreprise, il ne vaut pas la peine de doubler le réseau de raccordement ou d'adapter le réseau existant au dernier état de la technologie pour des concurrents potentiels. Pour ces clients, il y a donc une défaillance du marché, qui peut être corrigée en partie grâce à l'ouverture du dernier kilomètre. En vertu de l'obligation d'interconnexion, l'opérateur d'un raccordement actuel doit aménager à ses concurrents un accès à ce raccordement à des prix réglementés (taxe d'interconnexion). Le dégroupage offre aussi l'accès à d'autres fournisseurs, ce qui a pour effet d'intensifier la concurrence statique au sein des réseaux de communication, compte tenu de la suppression des obstacles à l'accès aux marchés. Eu égard à la concurrence dynamique, une intervention étatique de ce type comporte toutefois le danger de créer des incitations négatives à l'investissement et d'affecter la concurrence entre réseaux de communication alternatifs. Indépendamment du champ normatif, l'apparition conjuguée de coûts élevés et irréversibles sur le marché des communications implique une concurrence imparfaite (respectivement statique et dynamique).

Situation de la radio et de la télévision

Les fournisseurs de prestations radio et télévision sont tributaires de la possibilité matérielle, pour leurs clients, de recevoir leurs programmes⁵. Ici, les règles d'accès relèvent moins de la politique de la concurrence que du souci d'assurer l'approvisionnement en programmes considérés comme appropriés pour des raisons politiques. Elles ont aussi une influence sur la situation de la concurrence. Pour les transmissions en mode analogique, les fréquences des diffusions terrestres, comme celles des réseaux câblés, sont disponibles en quantités limitées. Partant de la situation ac-

tuelle, la LRTV prévoit déjà d'importantes obligations de diffusion de programmes, au détriment des opérateurs de réseaux câblés⁶.

Les transmissions par satellites offrent aujourd'hui une solution de rechange pour les diffuseurs de programmes, lesquels pourront aussi compter bientôt sur le réseau hertzien terrestre (DVB-T), que la SSR est en train de mettre sur pied en Suisse. L'introduction, déjà très avancée en Allemagne, par exemple, de la technologie numérique, réduit les risques de saturation en termes de capacités et de fréquences. La transmission d'émissions télévisées par le réseau téléphonique est sur le point de connaître un large essor et offre une intéressante alternative. Certes, les nouvelles offres, ainsi que les besoins accrus en largeurs de bandes pour Internet, accroissent à nouveau les besoins en capacités. Mais dans l'ensemble, la technique numérique permettra d'atténuer les actuels problèmes d'engorgement.

Au regard de la doctrine du « service essentiel », il est une question qui doit nécessairement se poser : celle de savoir s'il existe encore, en matière de diffusion de signaux télévision et radio et compte tenu de la convergence technologique, un besoin de légiférer qui justifie l'introduction d'une obligation de contracter pour la télécommunication et la diffusion de programmes. Si ces technologies peuvent se substituer les unes aux autres, le marché doit être défini plus largement et, en principe, il ne devrait plus y avoir de situation de domination d'un marché par un seul fournisseur. Aux termes de la LTC, une intervention deviendrait également superflue puisque, dans ce cadre légal, l'obligation d'octroyer un accès ne s'impose qu'à l'égard des entreprises en position dominante sur le marché.

En revanche, la LRTV prescrit aux opérateurs de réseaux câblés l'obligation de diffuser, indépendamment du critère de la position dominante. Or, si la transmission par réseau téléphonique peut effectivement se substituer à celle des réseaux câblés, cette disposition nous prépare une distorsion de concurrence. Quoi qu'il en soit, dans une situation de concu-

⁴ Aujourd'hui, près de la moitié des utilisateurs de réseaux câblés TV ont la possibilité d'utiliser ceux-ci pour la téléphonie

⁵ Voir, à ce propos, la prise de position d'economiesuisse « Révision de la LRTV : diminuer la réglementation, accroître la concurrence », 1er juillet 2003

⁶ Pour les programmes (« must carry ») de la SSR, ainsi que, en partie aussi, et même sans indemnisation, pour d'autres programmes à accès garanti

rence authentique, l'intervention du Préposé à la surveillance des prix à l'égard des opérateurs de réseaux câblés ne se justifierait plus, car il n'y aurait plus de situation de domination du marché. D'un autre côté, en revanche, il faut chercher à déterminer exactement, à la lumière des développements actuels, si des opérateurs d'infrastructures améliorent leurs positions de manière significative en acquérant des droits exclusifs sur des contenus. De tels « effets de portefeuille dominants » doivent être englobés dans l'appréciation d'une position sur le marché.

Conditions de l'obligation d'accès

Une réglementation d'accès peut prendre diverses formes. Par exemple, il faut accorder aux concurrents le droit d'utiliser tout le câble de raccordement au client, ou seulement certaines fonctions à ce stade (dégrouper partiel ou intégral). Dans un cas comme dans l'autre, cependant, la réglementation qui oblige un opérateur de réseau à laisser ses concurrents utiliser ses infrastructures à des conditions précisées par l'Etat correspond à une intervention-intrusion dans sa propriété.

Cette intervention peut se justifier dans l'intérêt de l'économie générale si elle permet de corriger une réelle défaillance du marché et si elle reste proportionnée. Au surplus, les gains de prospérité dus à l'intervention doivent être durablement supérieurs à ses coûts. Mais l'opérateur de réseau soumis à l'obligation voit diminuer son intérêt à étendre et perfectionner son infrastructure dès lors qu'il endosse seul le risque de l'investissement et qu'en cas de succès de cet investissement, il doit en partager le bénéfice avec le concurrent auquel il a dû concéder l'accès. Cette asymétrie, inhérente au système pour n'importe quelle forme de réglementation des accès, ne disparaît pas même si les prix d'accès réglementés incluent une part de bénéfices pour l'opérateur.

Ce problème doit donc être pris en compte si l'on souhaite, par ailleurs, corriger une défaillance effective du marché et laisser en même temps aux concurrents la possibilité de sauter dans la brèche de l'investissement et de l'innovation. Par contre, si l'obligation d'accès est appliquée trop « souplesment », en d'autres termes si l'on oblige un propriétaire à garantir l'accès quand bien même on ne constate aucune défaillance du marché, alors on risque de paralyser l'évolution du marché plutôt que de la favoriser.

En conséquence, l'obligation d'accès ne doit être imposée qu'à une puissance de marché stable et en cas d'abus avéré (à l'instar de ce que prévoit l'Union européenne). Et les interventions afférentes doivent être réduites au minimum. Dans la révision de la loi sur les télécommunications, il est prévu de n'obliger que les entreprises en position dominante sur le marché à offrir l'accès à leurs infrastructures et installations à d'autres acteurs du marché. Selon le droit en vigueur, une entreprise est considérée comme « dominant le marché » si, sur un « marché pertinent », elle peut « se comporter de manière essentiellement indépendante des autres participants au marché ».

Définition du marché et puissance de marché

Bien que la définition des marchés pertinents doive en principe se fonder sur le comportement de substitution effectif, il est plus facile de « développer » une situation dominante si la définition du marché est étroite plutôt que large. Les économistes mettent en garde contre le risque que les interventions fondées sur une délimitation trop étroite des marchés n'entraînent que de simples redistributions entre entreprises et qu'elles portent même préjudice, en fin de compte, à la concurrence favorable aux clients finals.

Selon la théorie de la concurrence, il n'y a de comportement entièrement indépendant que dans le cas d'une position inattaquable, c'est-à-dire durable. Dans toute autre structure de marché, en revanche, il existe certes, selon les conditions et les cadres de référence considérés, des situations inégales en matière de concurrence – mais un comportement totalement indépendant n'est pas possible.

Le résultat obtenu sur un marché ne peut pas être quantifié par une valeur de référence ou une valeur cible uniforme. Il dépend plutôt de diverses valeurs concrètes (coûts, demande, innovation, technologies, etc.) dans l'industrie. Au lieu de se référer aux résultats du marché « présumés » ou aux structures de marchés « présumées », on procédera à l'évaluation de l'indépendance du comportement, telle qu'elle est définie dans la loi sur les cartels. Cette manière de faire est plus adéquate du point de vue économique. En particulier, il faut tenir compte à cet égard des avantages liés aux contenus et infrastructures de communication complémentaires. Selon la théorie du portefeuille, ces avantages liés ont des effets stimulants sur la concurrence, si la production de contenus et l'entretien de

réseaux se traduisent par des gains d'efficacité; ils correspondent toutefois aussi à des restrictions possibles de l'accès aux marchés.

La convergence technologique résout les goulets d'étranglement

Jusqu'à un passé assez récent, n'importe quel service de communication, par exemple la diffusion de programmes de télévision ou la téléphonie de conversation fixe et mobile, était lié en grande partie à son infrastructure propre. A l'exception de la communication par mobiles, les services et infrastructures de communication passaient pour des monopoles (naturels), avec les marchés en amont et en aval. Aujourd'hui, cependant, la numérisation, la « commutation par paquets » et les normes de transport, comme le « protocole Internet » (IP), ont entraîné une dissolution des frontières techniques des monopoles.

Les réseaux câblés de télévision offrent, en plus des programmes TV, un accès rapide à Internet ainsi que la téléphonie parlée. Outre la téléphonie analogique et numérique, les réseaux téléphoniques offrent eux aussi un accès rapide à Internet ; et bientôt, des programmes de télévision seront également transmis par ce canal. Aujourd'hui déjà, des milliers de programmes de télévision sont diffusés par des réseaux satellites. Ces réseaux permettent également un accès rapide à Internet. En outre, il existe déjà ou sont en train de sortir de terre de nouvelles infrastructures de raccordement à large bande par voie hertzienne ou lignes fixes, telles que les équipements UMT (Universal Mobile Telecommunication System), WiMax (Wireless Metropolitan Access Networks), Powerline (ligne électrique) et autres. Chacun de ces réseaux offre toute la gamme des services de communication les plus courants. Cette interpénétration des réseaux définie par le terme de convergence est stimulée par le développement technologique et la concurrence des infrastructures, c'est-à-dire la concurrence entre ces différents réseaux de communication.

La convergence transforme les marchés

La convergence a quatre effets majeurs :

- Elle sépare les services de communication des infrastructures
- Elle brise les anciens monopoles et services monopolistiques

- Elle remet en question les modèles commerciaux habituels
- Elle ne permet plus aux offrants de se comporter de manière indépendante de leurs concurrents actuels ou potentiels

La convergence pose un défi de taille en particulier aux opérateurs du réseau téléphonique fixe classique, tout spécialement en ce qui concerne les offres de téléphonie reposant sur l'infrastructure fixe. La traditionnelle tarification des conversations téléphoniques en fonction de la durée et de la distance apparaît dépassée dans notre monde de la largeur de bande IP et à notre époque du « always on » (toujours branché). A moyen terme, la téléphonie parlée pourrait bien devenir une banale (et « gratuite ») application Internet large bande. Ce n'est qu'en offrant un « plus » qualitatif et des services gratuits comme ceux du type « skype », par exemple, que les opérateurs pourront éventuellement continuer d'imposer un certain prix sur le marché. Mais il deviendra virtuellement impossible de faire payer la conversation en fonction de la distance et de la minute d'utilisation, à l'instar des modèles commerciaux d'aujourd'hui. Ipso facto, la principale source de recettes des opérateurs des classiques réseaux téléphoniques fixes se trouve sérieusement menacée, et la question se pose de savoir comment les réseaux et les infrastructures correspondants vont se financer dans le futur.

A ce propos, l'économiste Schumpeter évoquait en son temps la puissance de « destruction créatrice » des marchés. Parallèlement à la destruction des techniques existantes, disait-il, les forces du marché créent un potentiel pour de nouvelles innovations. Schumpeter désignait dans cette perspective la créativité de chacun des intervenants du marché. D'après sa doctrine, pour que ces intervenants épuisent totalement leur potentiel, il leur suffit d'y être suffisamment incités. Et ces incitations découlent immédiatement des perspectives de gains.

Dans l'industrie de la communication, d'importants changements ont lieu pour tous les participants au marché, qui appellent des investissements considérables dans les infrastructures de communication. Face aux besoins sans cesse croissants des consommateurs en termes de largeurs de bandes et de nouveaux services, on s'emploie à rendre les réseaux existants encore plus performants, sous la devise « New Generation Networks » (NGN). De même, de nouveaux partena-

riats sont mis en place et de nouveaux services voient le jour. Pour que cette « révolution » soit un succès pour tous les intéressés, il convient d'aménager des conditions-cadres telles qu'elles offrent des perspectives de gains intéressantes au regard des investissements nécessaires.

Pas d'interventions malencontreuses

Les opérateurs de réseaux peuvent toutefois empêcher des nouvelles technologies comme Voice over IP (VoIP) ou Skype, dans la mesure où ils bloquent les portails d'accès à ces applications (c'est déjà le cas en Chine, par exemple) ou n'autorisent pas le protocole via des applications mobiles. Les autorités normatives peuvent elles aussi mettre des bâtons dans les roues du progrès, par exemple en pratiquant des restrictions pour l'attribution de numéros, certains dispositifs comme la garantie de numéros d'urgence et les possibilités de localisation ou de surveillance téléphonique. Les mécanismes correspondants ont été conçus pour le réseau fixe et constituent une entrave au développement dans le domaine des VoIP.

Il serait très préjudiciable au processus de convergence que les suspicions de monopole se traduisent par des interventions normatives excessives ayant pour effet de réduire les perspectives de gains dans la mesure où elles obligeraient par exemple certains opérateurs à partager le produit d'investissements risqués avec des participants au marché n'ayant pris aucun risque. Tout comme la délimitation des marchés doit refléter la convergence, il faut que les critères d'évaluation des positions dominantes se limitent aux véritables pénuries et défaillances du marché.

La jurisprudence ne reflète pas (encore) la convergence

En Suisse, la pratique du droit de la concurrence reste marquée aujourd'hui comme hier par les vieux schémas de pensée propres aux monopoles du réseau et des services. Même sur les marchés où la convergence des réseaux est très avancée ou imminente, elle n'est pas souvent prise en compte. C'est ainsi que récemment, le marché de la diffusion de programmes de télévision a été limité au réseau télévisé câblé et qu'en dépit des solutions de rechange offertes par les technologies d'accès actuelles et potentielles, le réseau des télécommunications a été jugé « dominant » au

chapitre de l'accès rapide à Internet (infrastructure larges bandes).

A) Le réseau de télévision câblé, marché pertinent à lui tout seul ?

Dans le cas de ACTV SA (Antennes Collectives de Télévision SA; ATF 2A.306/2003) le Tribunal fédéral réduit le marché pertinent à la diffusion de programmes télévisés par le réseau TV câblé. La diffusion par satellite, qui offre une solution comparable à celle de la diffusion par câbles, et qui est aujourd'hui en usage dans notre pays comme à l'étranger, n'entre pas dans cette définition. La diffusion de programmes de télévision par le réseau télécoms y est tout aussi mal représentée. Dans l'arrêt du TF mentionné ci-dessus, l'opérateur de réseau câblé est qualifié d'entreprise dominante le marché. Mais aucune précision n'est donnée quant à l'utilisation abusive de cette position dominante, et du comportement « indépendant ». Un jugement sur une position dominante tenant dûment compte de la convergence aurait toutefois dû faire référence à l'introduction prochaine d'autres technologies. Les économistes soulignent à ce propos la nécessité de garder un œil sur l'avenir en tenant compte dès à présent des solutions de rechange potentielles.

B) Comportement indépendant dans l'accès rapide à Internet

Du point de vue des consommateurs suisses finals, la demande d'accès Internet rapide, c'est-à-dire par larges bandes, porte régulièrement soit sur le réseau des télécoms (avec un modem ADSL) soit sur le réseau TV câblé (avec un modem CATV). Ces deux infrastructures sont bien développées, indépendantes l'une de l'autre et en concurrence entre elles. La très grande majorité des consommateurs a le choix, raison pour laquelle ni les opérateurs de réseaux TV câblés ni les opérateurs de réseaux télécoms ne peuvent « se comporter de manière essentiellement indépendante ». Cela vaut certainement pour les domaines ayant des infrastructures en concurrence, avec dès lors les mêmes effets et les mêmes prix dans tout le pays.

Contrairement aux opérateurs de réseaux câblés, Swisscom met aujourd'hui déjà son réseau à disposition d'autres fournisseurs de services Internet (Internet Service Providers, ISP). Les ISP ont accès aux clients finals et peuvent leur offrir leurs propres services à large bande, mais seulement à des conditions prédéfinies. A l'occasion d'une procédure engagée devant la Commission de la concurrence (Swisscom ADSL; RPW 2004/2 p.407ss), celle-ci a retenu tout d'abord, pour ses considérants relatifs à la délimitation du marché, l'optique du client final et constaté que pour l'accès à Internet par ADSL, il existe des services plus concurrentiels ou moins concurrentiels que d'autres. Du point de vue des clients finals, il faut partir d'un marché des services à large bande qui comprend les technologies permettant la transmission de données par les réseaux téléphonique, télévisé et électrique. La Commission de la concurrence n'inclut pas (encore) dans ce marché d'autres technologies à large bande comme WiMax ou UMTS. Compte tenu de cette jurisprudence, les opérateurs de réseaux doivent s'attendre à être qualifiés assez facilement d'entreprises en position dominante.

Discutable limitation dans le temps contre les « resquilleurs »

Le Conseil national et le Conseil des Etats veulent assortir l'obligation de dégroupier également les raccordements large bande à celle d'investir dans un certain délai (deux ou trois ans) des propres infrastructures. Ils entendent éviter ainsi l'apparition de « resquilleurs » qui tireraient bénéfice de la libéralisa-

tion sans investir dans une infrastructure. Logiquement, toutefois, cette obligation entre en conflit avec la doctrine des « services essentiels », qui veut que lorsque la mise sur pied de sa propre infrastructure est possible et économiquement réaliste, une réglementation ne se justifie pas ; d'un autre côté, si la mise sur pied de l'infrastructure n'est pas réaliste, la condition imposée correspond alors à un simulacre d'accès. Par conséquent, la théorie économique invite à renoncer à cette restriction et à cette limitation dans le temps. Mieux vaut chercher une protection contre les resquilleurs dans la fixation des prix d'accès ou dans une définition plus réservée des critères d'intervention. On est en présence d'une telle définition lorsque la délimitation du marché prend dûment compte des possibilités de rechange, comme les réseaux « Mobil » ou WLAN, par exemple, qui rendent impossible ou sensiblement plus difficile un « comportement indépendant des concurrents ».

Compte tenu de l'évolution technologique, les interventions réglementaires normatives doivent être réexaminées périodiquement – à peu près tous les cinq ans – afin de vérifier si elles se justifient encore à la lumière de la doctrine des « services essentiels ». Par exemple, il se pourrait que le progrès technique permette dans quelque temps à un fournisseur avantagé par la réglementation de l'accès de mettre sur pied sa propre infrastructure ou de recourir à des offres alternatives, ôtant ainsi toute raison d'être à une intervention normative. Si la définition du marché tient compte de la convergence comme il convient, la domination du marché par une entreprise sujette à obligation disparaît automatiquement dès lors qu'une concurrence effective se dessine. Cela rend du même coup sans objet l'obligation d'accès stipulée dans la LTC.

Dans la LRTV, en revanche, l'obligation de diffusion faite aux opérateurs de réseaux câblés – sur la base de l'objectif fixé en matière de programmes – est indépendante de la situation de la concurrence. Cette disposition peut entraîner de nouvelles distorsions de concurrence. Il convient notamment d'accorder une importance toute particulière aux développements actuels touchant les exclusivités de contenus. Les infrastructures et plate-formes concurrentes qui deviennent substituables les unes aux autres grâce aux développements technologiques, aussi bien du côté des clients

finals que de celui de la production, sont incitées à étendre leurs domination du marché à d'autres champs d'activité (intégration verticale) et à profiter d'effets de portefeuille. Etant donné que les réseaux concurrents se distinguent surtout les uns des autres par l'attractivité des contenus, il faut faire en sorte que les efforts des participants au marché ne créent pas des goulets d'étranglement ou des « services essentiels » dans le domaine des contenus.

Nécessaire précision de la notion de domination du marché

Dans le domaine des télécommunications, la jurisprudence concernant l'appréciation, sous l'angle du droit des cartels, de l'état de domination du marché, fait encore très peu de cas de la convergence des réseaux de communication. Au vu des possibilités de substitution dont certaines ne font encore que s'ébaucher, les marchés sont (trop) étroitement délimités. Par conséquent, l'appréciation d'un état de domination du marché ne tient pas compte des possibilités techniques existantes.

Pour éviter cette évolution critiquable, il faut entreprendre de préciser la notion de domination du marché sur la base de critères économiques. Au nombre des éléments déterminants à prendre en compte dans cette appréciation, il faut retenir celui de la défaillance du marché considérée dans l'optique du client final – cas de pénurie d'origine monopolistique. Seule une définition restrictive de la notion de domination du marché permet d'éviter l'hyperréglementation. Les engagements fermes pris dans ce sens à l'occasion des débats politiques, ainsi que par les autorités normatives, quant aux critères à respecter lors de l'introduction dans la législation de règles d'accès conformes à la doctrine des services essentiels sont de nature à garantir la sécurité juridique dont ont besoin tous les acteurs concernés.

Commentaire

Du point de vue de l'économie, il convient de saluer la libéralisation des marchés et de la poursuivre résolument. Il faut donc mener rapidement à son terme la révision en cours de la LTC. Dans certaines situations, l'ouverture exige l'aménagement d'un accès aux infrastructures-clés conforme à la doctrine des « services essentiels ». D'un autre côté, les interventions excessives sont contre-performantes et risquent de compromettre les investissements que réclament les infrastructures nécessaires. Par souci de sécurité juridique, il est indispensable d'appliquer les règles d'accès en fonction de critères clairs et précis. La délimitation du marché et, par conséquent, les conditions de détermination d'une position dominante doivent être réexaminés périodiquement afin de tenir compte des nouvelles possibilités de substitution liées à l'évolution technologique. L'appréciation doit aussi tenir compte du risque auquel le détenteur d'une infrastructure a dû s'exposer en mettant celle-ci sur pied. A l'égard des nouveaux marchés exposés à des risques initiaux importants, la plus grande retenue s'impose pour la qualification de position dominante. Enfin, à la lumière des effets de portefeuille, il importe que les interventions normatives s'intéressent également aux avantages liés entre infrastructures et contenus et qu'elles appliquent les mêmes poids et mesures aux deux marchés afin d'éviter des distorsions de concurrence à long terme.