



CENTRE DE RECHERCHES
INFORMATIQUE ET DROIT
FACULTES UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX

NAMUR, LE ...

1

6132

✓ 110

Projet R.S.V.A.

**SEPARATION DES FONCTIONS ET AVANT-PROJETS :
PREMIERES REFLEXIONS**

Yves POULLET

Namur, le 21.novembre 1989

SEPARATION DES FONCTIONS ET AVANT-PROJETS : PREMIERES REFLEXIONS

Le principe de la séparation des fonctions d'exploitation et de réglementation en matière de télécommunications exige d'abord, la non ingérence de l'autorité d'exploitation dans la réglementation; ensuite, la parfaite transparence des relations entre l'autorité de réglementation et d'exploitation; enfin, la non confusion des directions de l'autorité de réglementation et de l'autorité d'exploitation qui pourrait avoir pour effet d'influencer la réglementation ou son application en faveur des intérêts de l'exploitant.

Les avant-projets belges représentent un bon effort de traduction de ce principe, du moins dans ces deux premières significations, la troisième étant moins nettement réalisée. La démonstration de cette proposition passe par l'analyse du statut, des compétences et des relations entre eux des divers organes mis en place par ces avant-projets, à savoir non seulement l'avant-projet sur les télécommunications mais également l'avant-projet relatif à la réforme de certains organismes d'intérêt public actuellement au stade de lignes de force.

TITRE I : LES ACTEURS

I. LES ACTEURS : VUE GENERALE

L'avant-projet prévoit :

- du côté de l'exploitation, la création de Belgacom qui représente une transformation importante du statut actuel de la R.T.T.;
- du côté de la réglementation, la mise sur pied d'un Institut belge des télécommunications et d'un comité consultatif à côté du Ministère;
- du côté du règlement des litiges, il semble que la commission de conciliation des litiges en matière de télécommunications précédemment retenue soit abandonnée au profit d'un organe à compétence plus large. Par contre, l'idée d'un comité d'usagers auprès de Belgacom pour régler les litiges des usagers avec Belgacom est maintenue.

Globalement, on peut représenter comme suit la place de ces différents organismes :

MINISTRE

INSTITUT

BELGACOM

COMITE
CONSULTATIF

COMITE
D'USAGERS

Nous aurons l'occasion de revenir sur cette première esquisse et de la compléter, mais attardons nous pour le moment à chacun de ces composants.

II. BELGACOM

La transformation de la R.T.T., entreprise de catégorie A, c'est-à-dire strictement gérée et représentée par le Ministre des Télécommunications en une entreprise de catégorie E dénommée BELGACOM, permettra d'assurer à cette dernière une plus grande autonomie, tout en assurant le maintien des tâches essentielles de service public et à cet égard, un contrôle ministériel indirect.

Revenons sur chacun des points.

1. Le statut

Le statut "catégorie E" permettra à Belgacom de se transformer en S.A. de droit public, à capital entièrement public. La transformation, décidé par le Conseil d'Administration, reste soumise cependant, d'abord à une approbation du Ministre des Télécom, ensuite à une ratification par le Roi. Il serait à souhaiter pour Belgacom que cette transformation soit faite d'emblée par l'arrêté royal pris en exécution de la loi cadre. Il est clair que l'application des dispositions des lois coordonnées sur les sociétés commerciales laissera plus d'autonomie à Belgacom.

Si la R.T.T. a le statut de S.A., elle pourra décider, moyennant approbation royale, d'une augmentation de son capital. Cette augmentation doit en premier lieu être offerte au secteur public (Etat ou I.P.C.) et même s'il y avait participation du privé, le secteur public doit rester majoritaire (75 % du droit de vote, 50 % des actions).

De même, et c'est avec quelques nuances, la reprise de l'actuelle loi de décembre 1984, autorisation est donnée à Belgacom de prendre des participations dans d'autres sociétés ou de créer des filiales. Seule l'autorisation ministérielle est requise pour les participations relatives à des activités étrangères au service public pour les autres activités, un arrêté royal est nécessaire et le secteur public doit y rester prépondérant (cf. 75 % droit de vote, 50 % des actions).

Le statut de droit public de Belgacom justifie l'obligation pour elle d'obéir du moins en ce qui concerne ses missions de services publics à la loi d'égalité des usagers et des fournisseurs. En ce qui concerne l'égalité vis-à-vis de ces derniers, certains assouplissements à l'obligation de procéder aux marchés publics existent cependant. La loi de 1976 ne sera applicable qu'aux marchés ayant trait aux missions de service public. Ces marchés seront gérés et décidés par les organes de l'entreprise publique, sauf lorsque le contrat de gestion en réserve certains, dans des matières d'intérêt économique stratégique, au Ministre ou au CMCES.

2. Les organes

Quant aux organes de gestion de Belgacom, ils sont envisagés comme suit :

- un conseil d'administration, dont 12 des membres ordinaires (2/3 des membres) sont nommés pour 6 ans et, le cas échéant, révoqués par le Roi sur proposition du Ministre des Télécommunications, les autres, membres du Comité de direction, sont pour le Président de ce comité, nommés par le Ministre et révoqués par arrêté royal pour les autres, nommés et révoqués par le conseil d'administration. La règle de la parité linguistique est respectée, le président du conseil d'administration et du comité de direction étant en outre d'un rôle linguistique différent.

- un comité de direction dont la composition a déjà été précisée mais dont le rôle est essentiel dans la négociation du contrat de gestion qui fixe les modalités d'accomplissement par Belgacom des missions de service public. Pour le reste, ce sera au règlement interne de la R.T.T. de préciser ces attributions.

Le contrôle ministériel de Belgacom est assuré par un Commissaire du gouvernement nommé par le Roi sur proposition du Ministre qui, le cas échéant, pourra demander l'aide de l'Institut belge des Télécommunications. Son rôle est essentiellement à la fois le contrôle de la rentabilité financière (Ministère du budget) et celui du respect, par Belgacom, des obligations nées de la loi sur les OIP, des statuts et du contrat de gestion et, uniquement dans cette mesure, de la loi sur les télécommunications (Ministère des Télécommunications). Cette double compétence du Commissaire ne facilitera pas sa tâche : l'intérêt financier de Belgacom ne sera pas toujours conciliable avec le respect des limites des compétences de cette dernière. Il ne semble pas que le Commissaire ait pour tâche notamment de veiller à la non existence de subventions croisées. Il nous apparaît important dès lors de mieux préciser les relations de l'Institut et du Commissaire, voire de les fonder dans la mesure où l'Institut joue un rôle moteur dans la négociation du contrat de gestion (cf. infra).

Le Commissaire peut suspendre les décisions de Belgacom dans les 4 jours suivant celui où il en a connaissance. Il oblige alors les Ministres des Télécoms et du Budget à, s'il le désire du moins, à annuler la décision dans les 4 jours suivants. Le Commissaire et le Ministre peuvent également acquérir une délibération du comité de direction sur toute question relative au respect de la loi, des statuts et du contrat de gestion.

Il serait, à notre avis, utile de distinguer deux types de contrôle ministériel, l'un purement financier auprès du Ministre du Budget reprenant les tâches de la Cour des Comptes et chargé d'assurer à la fois la transparence financière de la Régie et le contrôle de sa rentabilité, le second, conféré à l'Institut, et chargé d'étudier le contenu des décisions au regard des prescriptions de la réglementation des télécommunications, y compris le respect du contrat de gestion.

Enfin, on notera que les commissaires aux comptes chargés de vérifier les bilans de la société sont à la fois des réviseurs d'entreprises et des contrôleurs de la Cour des Comptes. Ceci illustre bien le caractère mixte des activités de Belgacom et la volonté d'un contrôle de type "entreprise privée".

3. Les missions

Deux types de missions doivent être distingués : celles dites de service public et les autres. Leur analyse respective est l'objet des premières remarques, les problèmes posés par la coexistence de ces deux missions sont analysés ensuite. On notera que contrairement aux versions précédentes, l'avant-projet sur les télécommunications ne définit plus l'objet social de Belgacom.

A. Les missions de service public

Elles sont définies dans le cadre de l'avant-projet de loi sur les télécommunications et leurs conditions de délivrance par Belgacom précisées par le contrat de gestion.

a. Définition

Il s'agit :

1. d'assurer en conversion exclusive l'ensemble des télécommunications publiques, c'est-à-dire d'une part, l'établissement, la maintenance, la modernisation et le fonctionnement de l'infrastructure publique et, d'autre part, la fourniture en monopole des services réservés, l'établissement, l'entretien des cabines publiques. Cette première compétence est amplement discutée;

2. de garantir l'exécution des missions définies par le contrat de gestion comme prestations sociales et humanitaires. L'ancien projet WILLOCKX-COLLA parlait de monopole également à cet égard, l'actuel projet rend obligatoire pour Belgacom la fourniture de ces services sans pour autant conférer à Belgacom un monopole. Ces services définis par le contrat de gestion, et non par un arrêté royal, sont difficiles à définir mais on peut s'inquiéter de leur nombre; ainsi le service VIDEOTEX, la téléalarme pour certaines catégories de personnes, voire certains services d'accès à des banques de données pourraient être considérés comme prestations sociales ou humanitaires. Le contrat de gestion permettra leur financement et on peut craindre des distorsions de la concurrence d'autant plus que les règles relatives à la prohibition des subventions croisées ne prohibent pas les subventions envers de tels services repris dans les télécommunications publiques.

A défaut, de règles plus précises relatives à la définition de ces services dits "à caractère social ou humanitaire", il faudra veiller à ce que cette catégorie soit bien exceptionnelle, soit l'objet d'un financement spécifique (cf. notre principe n° 9) et enfin soit réservée à des prestations réellement sociales et humanitaires.

b. Le contrat de gestion comme mode de fixation des conditions de délivrances des prestations dites de service public

Négocié entre l'Etat, représenté par le seul ministre ayant des Télécommunications dans ses attributions et le comité de discussion de Belgacom, le contrat de gestion fixe :

- les modalités de mise en oeuvre du service public, c'est-à-dire le contenu des prestations à fournir, les actions à mener en matière de développement technologique et les principes tarifaires des prestations (p.ex. suppression des zones en matière de tarification téléphonique, augmentation des tarifs liés à l'index, critères de calcul des coûts pour les lignes louées);
- la rente de monopole due par Belgacom à l'Etat;
- les indemnités à payer par l'Etat à Belgacom pour l'accomplissement des missions de service public;
- les marchés publics (cf. supra) soumis à procédure particulière;
- les sanctions (non autrement précisées : responsabilité des administrateurs; obligation de remboursement des avances) pour non respect des obligations nées du contrat de gestion.

Le projet après consultation des travailleurs doit être approuvé d'une part, par le conseil d'administration de Belgacom, d'autre part, par le Roi. Il est conclu (et publié ?) pour 3 à 5 ans et peut faire l'objet d'adaptations annuelles.

En ce qui concerne les tarifs, le contrat de gestion devra tenir compte du principe posé par l'art. 50 de l'avant-projet de loi sur les télécommunications, à savoir le tarif est fixé sur le bon du prix de revient majoré d'une marge bénéficiaire raisonnable.

B. Les autres missions

Il s'agit donc des missions ne rentrant pas dans la catégorie des missions de service public. Elles ne sont pas définies par le présent projet mais on peut imaginer qu'il s'agit de toutes missions ayant un rapport direct ou indirect avec les télécommunications et pour lesquelles Belgacom entre en concurrence avec le secteur privé : fourniture de terminaux, prestations relatives à des services de télécommunications (p.ex. gestion des réseaux à valeur ajoutée).

Les seuls principes énoncés dans le projet de loi à propos de ces services sont les suivants :

- possibilité de filialiser l'offre de tels services mais nécessité d'autorisation du Ministre (cf. déjà supra);
- pas d'application de la loi sur les marchés publics;
- obligation pour Belgacom de faire payer l'utilisation des services réservés aux mêmes tarifs que ceux supportés par ses concurrents (art. 51 § 2);
- publication des conditions de fourniture et des interfaces techniques pour se connecter au réseau et s'en servir;
- pas de subventions croisées entre services réservés et services non réservés (art. 52 bis § 2).

Le dernier principe est vital pour que s'instaure une concurrence entre opérateur public et opérateur privé de services non réservés. Il est certain que la séparation comptable prévue par l'art. 52 bis § 1 entre les résultats des activités relatives aux télécommunications publiques (services réservés + obligatoires) et ceux propres aux autres activités ne suffira pas et que le principe de l'interdiction de subsidiation devra se traduire par des règles relatives à l'allocation des coûts communs mais également par une vérification du respect de ces règles (cf. notre étude UWE sur la concurrence loyale). A ce dernier propos, on note

- que c'est le Ministre assisté par l'Institut (art. 6 § 3) qui fixe ces règles. Auparavant, c'était l'Institut lui-même qui les fixait;
- que la mission de contrôle de la non subvention croisée n'est pas attribuée. On peut craindre que ce ne soit pas le rôle du Commissaire du gouvernement et des commissaires aux comptes (cf. supra) et, en tout cas, pas leur principal souci.

Le respect de l'avant dernier principe comparable à celui de l'O.N.P. est garanti par un arrêté royal pris après avis de l'Institut. Cet arrêté royal fixe les modalités de publications, les délais d'avertissement aux opérateurs en cas de modification (art. 52).

III. INSTITUT BELGE DES TELECOMMUNICATIONS

Le rôle de l'Institut belge des télécommunications est-il comparable à celui de l'OFTEL anglais ? Notre réponse, sans être définitive, est plutôt négative. Une lourde hypothèque pèse en tout cas sur le rôle de l'Institut. Il est certain qu'il sera difficile à l'Institut de définir lui-même une politique des télécommunications et d'arbitrer les débats du secteur si dans les prochains gouvernements, son Ministre de tutelle reste un ministre dont le seul portefeuille est les télécommunications. Un tel ministre inévitablement doublera l'Institut par un cabinet bien étoffé. Il en serait autrement si les télécommunications étaient attachés à un Ministère plus étoffé (Ministère des Affaires économiques) dont le Ministre lui fera plus volontiers confiance, ayant d'autres soucis que les seules télécommunications.

1. Le statut

L'Institut est un organisme d'intérêt public de type A, c'est-à-dire géré et représenté par le Ministre. Son autonomie est donc des plus restreintes.

Le personnel de l'Institut relève du statut de l'Etat. Très lucidement, l'avant-projet (art. 5 § 2) propose cependant la possibilité d'un personnel contractuel non soumis aux limitations salariales des agents de l'Etat. Ce personnel, nous dit la note du cabinet restreint, représentera les différents intérêts en présence, le texte ne mentionne cependant -en tout cas pour la première nomination- que des fonctionnaires, soit de la RTT, soit du M.A.E., soit du Ministère des Communications.

L'Institut a également la possibilité de faire appel à des tiers (par exemple pour des tâches d'expertise technique), sauf pour les missions de surveillance qui sont confiées à l'Institut. On note cependant que, pour cela, il faudra passer par l'accord du Ministre (art. 8).

Le budget de l'Institut (art. 9) dépend essentiellement des dotations budgétaires qui lui seront octroyées par le Ministre. Il est certain que l'étroitesse d'un budget peut limiter le rôle de l'Institut. L'existence de recettes légales et réglementaires liées à l'action de l'Institut laisse supposer que l'examen des dossiers de normalisation, l'enregistrement des déclarations se fera contre paiement de droits à l'Institut, rien n'est cependant dit de façon explicite à ce propos.

2. Les compétences

L'article 6 octroie à l'Institut certaines compétences limitées :

+ il s'agit de donner au Ministre des avis motivés dans les matières suivantes :

- art. 19 : définition du point de raccordement (il s'agit d'une proposition de l'Institut);
- art. 22 § 1 : refus de l'offre d'un service (l'avis de l'Institut est alors transmis au demandeur);
- art. 11 § 2 : liste des services autorisés de plein droit (proposition de l'Institut au Roi);
- art. 25 : suspension ou interdiction d'un service après mise en demeure (proposition de l'Institut);
- art. 27 § 2 : interconnexion d'installations de télécommunications et indemnisation pour Belgacom (proposition de l'Institut dans le premier cas, avis motivé au Roi dans le second cas);
- art. 27 § 3 : dérogation au droit de Belgacom de lieu des installations (proposition au Ministre);
- art. 35 § 1 : agrément des terminaux (proposition au Ministre avec possibilité de délégation à l'Institut);
- art. 36 § 1 : retrait d'agrément (proposition au Ministre)
- art. 52 : obligation d'information de Belgacom (ONP) (arrêté royale après avis de l'Institut)

+ le même article mentionne l'avis obligatoire de l'Institut sur la définition des stratégies de développement des télécommunications et l'avis d'initiative sur toute question relative aux télécommunications.

+ des tâches d'assistance (non autrement définies) sont également prévues pour l'Institut vis-à-vis du Ministre en vue de la négociation du contrat de gestion ou pour l'élaboration des règles de concurrence loyale et, enfin, vis-à-vis du Commissaire du gouvernement à la demande de celui-ci.

On note que l'Institut ne publie pas ses avis, ne dresse pas de rapport annuel et que, pour les questions sensibles relatives aux relations entre le Ministre et l'exploitant public, l'Institut en dispose que de tâches d'assistance sans droit de proposition ou d'enquête.

Il nous apparaît qu'il s'agit de graves lacunes que ne compense pas la liste importante des hypothèses où l'avis de l'Institut est une condition de l'action ministérielle (celui-ci par ailleurs restant libre de décider contre l'avis de l'Institut et n'ayant aucune obligation de répondre à l'avis de ce dernier).

IV. COMITE CONSULTATIF

Conçu comme un vaste forum d'opinions, le comité consultatif est un organe collatéral de l'Institut auquel il donne d'initiative ou sur demande ses avis, avec lequel il peut délibérer (art. 12) et dont il dépend d'un point de vue budgétaire (art. 13 § 3).

Si sa composition et les modalités de son fonctionnement restent à fixer par arrêté royal, l'article 13 énumère déjà les diverses parties qui le composeront : Belgacom, prestataires de services en matière de télécommunications, utilisateurs résidentiels et professionnels, producteurs d'équipement, experts.

Le comité publie un rapport annuel sans doute remis au Ministre avant diffusion.

L'existence du comité consultatif permettra aux divers intérêts de s'exprimer sur pied d'égalité. On notera que l'Institut risque de se trouver coincé entre le Ministre et ce comité et que la composition de l'Institut telle que prévu dans la note accompagnant l'avant-projet semble la même que celle du Comité consultatif.

V. L'ORGANE DE REGLEMENT DES LITIGES

Aucune décision en ce qui concerne la création de cet organe n'a encore été prise de façon définitive. La commission de conciliation prévue par l'avant-projet n'a pas été retenue par le Conseil des Ministres, du moins à notre connaissance. Une telle décision est sage : la commission de conciliation avec sa compétence "de contribuer au règlement des litiges" n'avait pas de réelle capacité de décision. Organe collatéral de l'Institut, on la voyait mal arbitrer des conflits entre son supérieur hiérarchique et les autres acteurs.

A notre avis, deux types d'organes de règlement des litiges devraient être créés :

- le premier, sorte de comité d'usagers, devrait être créé auprès de Belgacom. Présidé par un magistrat avec deux représentants de Belgacom, deux représentants des utilisateurs, il s'agirait de régler les conflits entre ces derniers et Belgacom;

- le second ne serait rien d'autre que le Conseil de la concurrence, dont la création est prévue par l'avant-projet de loi sur la concurrence. L'idée de placer là la solution des litiges nés de l'implémentation de la loi sur les télécommunications nous apparaît justifiée par les considérations suivantes :

1. tous les litiges nés de cette loi nous apparaissent ressortir au problème de la concurrence. Qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante du fait d'un opérateur privé ou public, qu'il s'agisse de définir les contours du monopole de Belgacom, les refus abusifs d'agrément ou d'interconnexions d'appareils terminaux, ou de subventions croisées;

2. le Conseil de la concurrence est un organe juridictionnel dont l'autorité se situe au-dessus de la mêlée en particulier au-dessus du Ministre. Il est composé de magistrats spécialisés dans les problèmes de marché (rien en outre ne lui interdit de nommer des experts) et la procédure devant le conseil peut être accélérée (sorte de référé) pour répondre au légitime souci des opérateurs en matière de télécommunications;

3. A notre avis, l'Institut devrait jouer un rôle de prévention des litiges ou de conciliation qui nous apparaît important et qui donnerait à l'Institut un véritable rôle d'arbitre dans la mesure où

1. il dispose des pouvoirs de police judiciaire et

2. il pourrait être saisi par les différents acteurs, à titre individuel, ou groupes d'acteurs, à titre collectif. Dans ce cas, il instruirait les litiges devant le Conseil de la Commission.

TITRE II : ANALYSE DES AVANTS-PROJETS AU REGARD DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

L'impression générale laissée par la réforme institutionnelle proposée par les deux avant-projets se laisse difficilement décrire en quelques mots. L'avant-projet sur les télécommunications ne peut se comprendre sans la lecture concomitante de l'avant-projet sur les OIP.

Le premier avant-projet ne permet pas de comprendre les relations entre le Ministre et l'organe public d'exploitation; le second comble cette lacune mais laisse dans l'ombre l'Institut et les préoccupations de concurrence loyale dans le secteur des télécommunications.

Cette première réflexion est importante : comme nous l'avons montré, il est certain par exemple que le contrat de gestion, mode essentiel des relations entre le Ministre et Belgacom, permettant notamment de définir plus précisément le rôle de Belgacom dans le secteur des télécom (par exemple, l'évolution de l'infrastructure), est une pièce essentielle de l'avant-projet OIP mais est à peine effleuré par le projet Télécommunications. Le rôle de l'Institut dans la négociation du contrat de gestion est à peine esquissé. De même, la surveillance de la comptabilité de Belgacom afin que l'action de cette dernière ne puisse fausser la concurrence est assurée par des commissaires du gouvernement dont le rôle est ambigu, sur ce point, l'Institut, dont la mission serait précisément de veiller au fonctionnement concurrentiel et loyal du marché des télécommunications, n'est pas présent ou si peu.

Les deux exemples repris ci-dessus illustrent une vérité : le fait de réglementer les télécommunications en deux projets est préjudiciable à l'idée d'une séparation nette des organes d'exploitation et de réglementation. En effet, si on peut concevoir Belgacom comme un organe public d'exploitation partiellement autonome, l'Institut n'est certainement point l'organe de réglementation indépendant dont certains rêvaient.

En ce qui concerne Belgacom, son autonomie s'est progressivement affirmée au fur et à mesure des avant-projets. Sa direction ne dépend plus de la nomination d'un homme, la tutelle du Ministre reste discrète et ne permet pas la substitution d'une décision ministérielle à celle de Belgacom. Reste le contrat de gestion qui comme le nom l'indique met à égalité Belgacom et le Ministre, même si le poids de chacun dépendra très nettement de la dépendance financière ou non dans laquelle Belgacom sera par rapport au budget Ministériel.

En ce qui concerne l'Institut, nous regrettons que son rôle essentiel dans la réglementation des télécom ne soit pas mieux affirmé. Que le personnel soit nommé par le Ministre n'est pas la principale préoccupation. A cet égard, il nous apparaît cependant qu'il aurait été utile

1. de donner à l'Institut une compétence complète de surveillance et de contrôle vis-à-vis de Belgacom et de la relation entre Belgacom et le Ministre, laissant seulement le contrôle de la rentabilité financière aux délégués du Ministre des finances
2. de proposer un droit de saisine plus large de tous les intéressés vis-à-vis de l'Institut et
3. d'autoriser ce dernier à publier un rapport.

De telles précisions et compétences supplémentaires octroyées à l'Institut n'ôteraient pas au Ministre, la responsabilité politique suprême mais permettraient de rendre transparents, grâce à l'Institut, les enjeux du débat. Faute de quoi, l'Institut risque de n'être que l'ombre du Ministre et ce dernier, d'être suspecté de jouer un rôle en faveur de son organe d'exploitation. Certes, des garanties sont prises en confiant, sur des points essentiels (ex.: la définition des services de transport non réservés), la responsabilité non à un Ministre mais à plusieurs ministres, mais cela suffit-il ? Notre proposition de confier à une juridiction au-delà de tout soupçon, le règlement des litiges en matière de télécommunications est peut-être une solution.