

LA MODULATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC ET DU SERVICE PUBLIC SELON LE NOUVEAU RÉGIME CONCURRENTIEL INTERNATIONAL : LE CAS DES SERVICES DE L'INFORMATION ET DES COMMUNICATIONS

Caroline J. Simard

Volume 18, Number 1, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069243ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069243ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Simard, C. J. (2005). LA MODULATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC ET DU SERVICE PUBLIC SELON LE NOUVEAU RÉGIME CONCURRENTIEL INTERNATIONAL : LE CAS DES SERVICES DE L'INFORMATION ET DES COMMUNICATIONS. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 18(1), 141-170.
<https://doi.org/10.7202/1069243ar>

Article abstract

This article reveals the existing tension between the economic objectives associated with market liberalization and the social objectives of universality of access to the Information Society in a context where the telecommunications sector is seeing a complete change of its underlying frame of reference. The first section of the article describes the compromise to have a public interest and a public service modelled after the international competitive regime insofar as specific safeguard measures of the public interest and public service are missing from the international legal framework. The second section proposes a revision of the international regulatory regime according to a more coherent global solution to ensure reinforced international control with regard to public service and universal service for the full blossoming of the Information Society. With the opening of markets to competition, the distinct recognition of a right to communicate should be considered in order to complete the current protection of social rights.

LA MODULATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC ET DU SERVICE PUBLIC SELON LE NOUVEAU RÉGIME CONCURRENTIEL INTERNATIONAL : LE CAS DES SERVICES DE L'INFORMATION ET DES COMMUNICATIONS

*Par Caroline J. Simard**

Le présent article met en lumière la tension existant entre les objectifs économiques associés à la libéralisation des marchés et les objectifs sociaux d'universalité d'accès à la société globale de l'information et des communications dans un contexte où le secteur des télécommunications connaît un changement complet de son cadre de référence. La première section de l'article décrit l'accommodement d'un intérêt public et d'un service public modelés d'après le régime concurrentiel international dans un contexte où les mesures de sauvegarde propres à l'intérêt et au service publics sont plutôt absentes du cadre juridique international. La deuxième section propose une révision du régime réglementaire international suivant une approche globale plus cohérente pour assurer un encadrement international renforcé à l'égard du service public et du service universel pour le plein épanouissement de la société globale de l'information et des communications. Avec l'ouverture des marchés à la concurrence, il faut également considérer la reconnaissance expresse d'un droit à communiquer pour compléter cette protection des droits sociaux.

This article reveals the existing tension between the economic objectives associated with market liberalization and the social objectives of universality of access to the Information Society in a context where the telecommunications sector is seeing a complete change of its underlying frame of reference. The first section of the article describes the compromise to have a public interest and a public service modelled after the international competitive regime insofar as specific safeguard measures of the public interest and public service are missing from the international legal framework. The second section proposes a revision of the international regulatory regime according to a more coherent global solution to ensure reinforced international control with regard to public service and universal service for the full blossoming of the Information Society. With the opening of markets to competition, the distinct recognition of a right to communicate should be considered in order to complete the current protection of social rights.

* Caroline J. Simard est présentement doctorante en droit à l'Université McGill et ses travaux de recherche sont subventionnés par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) dans le cadre d'une bourse de doctorat du programme de bourses d'études supérieures du Canada. Elle tient à remercier les docteurs David Lametti et Will Straw pour leurs commentaires sur le présent texte ainsi que les docteurs René Côté, Michèle Rioux et Yves Théorêt et maître Catherine Bohémier pour leurs commentaires sur une version préliminaire de ce texte. Elle conserve toutefois l'entière responsabilité quant à son contenu.

Introduction

C'est au milieu du siècle dernier que des thèses marquantes ont posé les jalons d'une nouvelle ère : la « société globale de l'information et des communications »¹ du III^e millénaire. Le village global de Marshall McLuhan², la noosphère de Pierre Teilhard de Chardin³ ou la cybernétique de Norbert Wiener⁴ auguraient son avènement sous les éclairages de l'interconnexion des humains grâce aux moyens de communication, d'un intellect collectif autour de la Terre et d'un traitement de l'information par une intelligence artificielle. C'est plutôt sous la représentation moderne et tangible de l'« autoroute de l'information » mise de l'avant en 1994 aux États-Unis qu'elle a pris forme. Cette autoroute de l'information consiste en un projet d'infrastructure globale de communication au service de tous, sur les plans national et international, permettant de transmettre des informations à haut débit et grande vitesse⁵. Plusieurs étapes devront cependant être franchies avant de concrétiser ce projet⁶. Outre les progrès qui devront être réalisés sur les plans technologique et financier, notons la condition *sine qua non* de la participation de tous

¹ À ce jour, il n'existe aucune définition universellement reconnue de ce concept. Les participants au Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) se sont donnés comme mandat de définir un concept de « société globale de l'information ». Voir le site Internet du Sommet mondial sur la société de l'information, en ligne : Union internationale des télécommunications (UIT) <<http://www.itu.int/wsis/index-fr.html>>. Pour les fins du présent article, nous retenons la notion « société globale de l'information et des communications » plutôt que celle de « société globale de l'information » parce qu'à notre avis, elle reflète davantage la réalité et, qui plus est, la notion d'information n'inclut pas celle de communication.

² Marshall McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962.

³ Pierre Teilhard de Chardin, *Le groupe zoologique humain : structure et directions évolutives*, Paris, Albin Michel, 1956.

⁴ Norbert Wiener, *Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, MIT Press, 1948.

⁵ L'Internet haute vitesse est une composante essentielle de l'autoroute de l'information. Voir UIT, « Vocabulary of Terms for Broadband Aspects of ISDN », Recommandation I.113 (13 juin 1997) où l'Union internationale des télécommunications (UIT) explique que le haut débit comprend l'ensemble des technologies de télécommunication multimédia qui autorisent un débit supérieur à celui des modems téléphoniques standards, c'est-à-dire 56 kbit/s au maximum. Plus précisément, le seuil du haut débit est généralement situé au-delà de 512 kbit/s – soit 0,5 Mbit/s dans le sens de la réception. Cependant, ce niveau reste relatif puisque l'UIT recommande de n'employer l'expression « haut débit » qu'au-delà de 1,5 ou 2 Mbit/s.

⁶ Voir Dimitri Ypsilanti, *Vers une société mondiale de l'information : l'infrastructure mondiale de l'information et la société mondiale de l'information : les politiques requises*, Paris, OCDE, 1997 aux pp. 8-9 [Ypsilanti, « Société mondiale »]: « Le concept d'infrastructure et de société mondiales de l'information (GII-GIS) recouvre le développement et l'intégration des réseaux de communication à haut débit, et d'un jeu minimum d'applications et de services numérisés, en réseaux mondiaux permettant un accès transparent et continu. Ces réseaux permettent un accès pleinement interactif à des services sur réseau, à l'échelle mondiale et internationale. Il peut s'agir de services vocaux classiques, de transmission de données, de vidéo ou de combinaisons plus élaborées (services multimédias) destinés aux entreprises, aux administrations, aux particuliers ainsi qu'à des objectifs sociaux. L'infrastructure physique de la GII-GIS n'est pas limitée à telle ou telle technologie; au contraire, le concept GII-GIS suppose l'interconnexion et l'interopérabilité de toute une gamme d'infrastructures, d'applications et de services concurrents et complémentaires, grâce à la numérisation. La GII-GIS repose sur la télématique, mais le matériel, le logiciel, les compétences multimédias, le contenu et l'information jouent aussi un rôle essentiel. L'explosion d'Internet annonce la GII-GIS ».

au niveau mondial à ce projet sociétal d'une mise en commun universelle et instantanée de l'expérience humaine dans toute sa richesse, sa diversité et sa créativité.

Pendant que l'autoroute de l'information est en construction, c'est l'Internet qui est de service. L'Internet est cet ensemble de réseaux nationaux, régionaux et privés « qui permet, pour la première fois, la communication de plusieurs à plusieurs à un moment choisi sur une échelle globale »⁷ [notre traduction]. Son accès est convivial grâce au World Wide Web (WWW)⁸, ce système de recherche et de visualisation d'informations basé sur l'hypertexte. Il semblerait qu'à la fin de 1995, soit la première année d'utilisation massive d'Internet, il y avait environ 16 millions d'utilisateurs connectés à travers le monde. Au début de 2001, il y en avait plus de 400 millions et certaines prévisions sérieuses estiment à environ un milliard le nombre d'utilisateurs en 2005⁹. Par contre, plusieurs « infopauvres » sont exclus de cette nouvelle forme de démocratisation. Plusieurs initiatives, incluant le Groupe d'experts du G8 sur l'accès aux nouvelles technologies¹⁰ et le Groupe d'étude sur les technologies de l'information des communications¹¹, ont permis de se pencher sur les divergences au niveau de l'accès à Internet, communément appelées « fossé (ou fracture) numérique ». Selon l'Union internationale des télécommunications (UIT), malgré le trop grand nombre d'exclus des services de télécommunication de base, aujourd'hui encore, le nouveau fossé se situerait au niveau de l'accès à Internet (à basse et haute vitesse)¹².

Bien connaître l'histoire évite de la répéter, dit-on. L'exemple des premiers outils de communication nous apprend que durant leurs premiers stades de développement, ceux-ci ont d'abord été considérés comme des objets de luxe plutôt que de nécessité¹³. Dans cet esprit, après avoir laissé aux entreprises privées le soin de développer les réseaux de télécommunication¹⁴, une tendance mondiale consistant à

⁷ Manuel Castells, *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business and Society*, New York, Oxford University Press, 2001 à la p. 2.

⁸ Pour de plus amples informations sur le WWW, voir Jean-Claude Guédon, *La planète cyber: Internet et cyberspace*, Paris, Gallimard, 1996 aux pp. 59-61. Voir aussi, Organisation mondiale du commerce [ci-après OMC], *Le commerce électronique et le rôle de l'OMC*, Suisse, OMC, 1998 à la p. 11.

⁹ Castells, *supra* note 7 à la p. 3.

¹⁰ Communément appelé en anglais « G8 Digital Opportunity Task Force (DOT Force) ». Voir le site Internet du GEANT, en ligne : GEANT <<http://www.dotforce.org>>. Voir aussi les informations concernant le GEANT sur le site Internet d'Industrie Canada, en ligne : Industrie Canada <<http://e-com.ic.gc.ca>>.

¹¹ Communément appelé en anglais « United Nations Information and Communication Technologies Task Force ». Voir le site Internet du Groupe de travail des Nations unies sur les technologies de l'information et des communications [TIC], en ligne : Groupe de travail des Nations unies sur les TIC <<http://www.unictaskforce.org>>.

¹² UIT, *Effective Regulation: Trends in Telecommunication Reform 2002*, Genève, UIT, 2002, à la p. 6. Ainsi, 400 000 Luxembourgeois se partageraient plus de large bande que 760 millions d'Africains.

¹³ Par exemple, au Canada, voir : « Le téléphone ne doit pas être tenu comme un luxe », *La Presse*, 28 novembre 1918 cité dans Jean-Guy Rens, *L'empire invisible : Histoire des télécommunications au Canada*, Ste-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1993, vol.1 aux pp. 137, 437.

¹⁴ *Ibid.* aux pp. 124-125. Au Canada, faute de financement suffisant, jusqu'au tournant du siècle, les villes ont eu priorité sur les campagnes pour obtenir les services de télécommunication, jusqu'à ce que les habitants des régions rurales exigent le service téléphonique. De plus, de nombreuses initiatives ont

assujettir l'industrie des télécommunications à un monopole public a pris naissance, sauf aux États-Unis et au Canada¹⁵. Lors du développement de l'industrie des télécommunications pendant le siècle dernier à titre de service public, les finalités sociopolitiques visant à desservir l'ensemble du territoire et à rendre universellement accessible le service téléphonique de base avaient préséance sur les considérations d'efficacité économique et de maximisation des profits. De plus, la coopération et la coordination internationales reflétaient des valeurs prépondérantes à l'accapement des marchés étrangers. Enfin, autant sur le plan national qu'international, la tarification des services de télécommunication n'était pas établie pour refléter les coûts de revient, mais permettait plutôt diverses formes d'interfinancement nécessaires à la réalisation des objectifs d'universalité de la politique gouvernementale¹⁶.

À l'origine des pourparlers en faveur de la libéralisation des marchés, certains ont émis des craintes à l'effet que l'introduction de la concurrence dans les marchés de télécommunication – et les nombreux autres changements dans l'industrie des télécommunications¹⁷ – risquaient de faire disparaître les bases sociales sur lesquelles s'est développée cette industrie.

Les conséquences se mesurent alors à la lumière de l'impact des services de télécommunication – voire des services de l'information et des communications pour inclure les nouveaux médias – sur le développement de notre société, s'évaluant dans une large mesure par les facteurs suivants : premièrement, il existerait une corrélation entre le développement économique d'un pays et le développement de ses télécommunications¹⁸, deuxièmement, les télécommunications occuperaient un rôle

été prises dans ces régions rurales, au Canada et aux États-Unis par exemple, donnant naissance aux compagnies de téléphone indépendantes d'aujourd'hui.

¹⁵ Au Canada, il s'agissait d'un monopole mixte composé d'entreprises publiques et privées. Cette tendance à la privatisation s'est inscrite au Canada dès l'époque des lignes télégraphiques, qui appartenaient à des entreprises privées et que le gouvernement n'a pas jugé à propos d'assujettir à son contrôle contrairement à d'autres États. Voir Benjamin-Antoine Testard de Montigny, *Histoire du droit canadien*, Montréal, Éusèbe Sénécal, 1869 à la p. 281.

¹⁶ Michel Messier, *Transformation et enjeu du processus d'encadrement juridique dans le secteur des télécommunications canadiennes*, Montréal, Université du Québec à Montréal, Groupe de recherche informatique et droit, 1993 à la p. 4.

¹⁷ Mentionnons par exemple la privatisation des entreprises de services locaux titulaires [ESLT] et d'organismes de contrôle comme Intelsat et Inmarsat. À ce sujet, voir Ram S. Jakhu, « Safeguarding the Concept of Public Service and the Global Public Interest in Telecommunications: Session 2: Safeguarding the Concept of Public Service in View of Increasing Commercialisation and Privatisation of Space Activities, with Particular Attention to the Global Public Interest and the Needs of Developing Countries » (2001) 5 S.J.I.C.L. 71. Voir aussi Francis Lyall, « On the Privatisation of INTELSAT » (2000) 28 J. Space L. 101.

¹⁸ En fait, il existe un débat sur les liens entre le développement et les technologies de l'information et des communications (TIC) qui est partagé entre deux visions. D'une part, celle qui voit les TIC comme un vecteur de développement et, d'autre part, celle qui voit le développement économique comme un préalable à l'accès aux services. Voir Martin Cave, « Développement des télécommunications et service public » dans Jean-Marie Chevalier, Ivar Ekeland et Marie-Anne Frison-Roche, dir., *L'idée de service public est-elle soutenable?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, aux pp. 85-87. Les arguments qui soutiennent une telle thèse lient logiquement la croissance du PIB au développement des télécommunications, sans toutefois être en mesure d'expliquer avec précision cette causalité. Il n'est pas clair si l'extension du réseau augmente le PIB ou si l'élévation des revenus crée de nouvelles

central dans la mondialisation des échanges¹⁹ et, troisièmement, l'accès aux services de l'information et des communications serait la pierre angulaire du développement économique, social et culturel des personnes tant individuellement que collectivement²⁰.

Les promoteurs du néo-libéralisme²¹ ont convaincu l'ordre mondial que la concurrence est non seulement conciliable avec l'universalité d'accès, mais qu'elle contribue même à son essor. Le raisonnement est simple : les forces du marché protègent les intérêts du public en leur assurant un vaste choix de services de télécommunication abordables, innovateurs et de qualité supportés par une infrastructure performante, grâce à l'interconnexion de tous les réseaux concurrents, et un accès au marché national par des investisseurs et des fournisseurs de services et d'équipements étrangers. Les progrès des technologies, l'augmentation du trafic et la préoccupation de la concurrence à l'échelle internationale ont convaincu bien des administrations publiques de permettre aux régimes concurrentiels de supplanter les régimes monopolistiques traditionnels.

Par contre, plusieurs scénarios démontrent que les forces du marché sont insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt public et assurer la fourniture du service public. Ces insuffisances surviennent durant la période de transition, lors du passage d'un régime monopolistique à un régime concurrentiel, et les scénarios de déviation les plus connus dévoileront des pratiques anticoncurrentielles, une situation de dominance²², des imperfections du marché ou des prises de contrôle, des fusions et des acquisitions. Cette nouvelle réalité pose la question suivante : est-il possible de concilier des objectifs de concurrence, plutôt axés sur la capacité de payer du consommateur, avec les objectifs sociaux associés aux services de l'information et des communications qui visent à satisfaire des besoins de communiquer?

Il est important de faire certaines remarques relatives au cadre d'analyse. Premièrement, nous concentrerons nos propos sur l'approche technico-économique développée dans le cadre de l'ordre international et centrée sur les moyens pour

demandes en ligne. Ces bénéfices globaux pour l'économie sont : des coûts de production plus bas, une productivité accrue du travail, de meilleures décisions de localisation, davantage de flexibilité, des coûts de stockage et un coût du capital plus bas, en raison des méthodes de production à flux tendus et davantage de concurrence dans l'économie. Voir aussi Hank Intven et al., *Telecommunications Regulation Handbook*, Washington, InfoDev Program of the World Bank, 2000 à la p. 6-4.

¹⁹ Selon la thèse retenue, les TIC ont soit donné naissance à la mondialisation ou ont accéléré son développement. Voir notamment Robert O. Keohane et Joseph S. Nye, « La mondialisation en question : de quoi parlons-nous au juste? » (2000) 2.688-2.689 *Problèmes économiques* 59 à la p. 62.

²⁰ Voir par ex. Intven, *supra* note 18 à la p. 6-4 qui indique que le facteur déterminant de l'universalité dans le secteur des télécommunications est le développement économique. Voir généralement Programme des Nations unies pour le développement, *Human Development Report 2000*, New York, 2000 à la p. 2. Les Nations unies ont reconnu un lien entre les capacités de communication et le développement humain.

²¹ Ce consensus consiste à privilégier les forces du marché au détriment de l'intervention de l'État.

²² L'interprétation d'une dominance de marché, appelée *market dominance* en anglais, n'est pas la même d'une juridiction à une autre. L'UIT a retenu deux conditions : (1) « there must usually be a relatively high market share (usually no less than 35%, often 50% or more) » et (2) « there must normally be significant barriers to entry into the relevant markets occupied by the dominant firm ». Voir Intven, *supra* note 18 à la p. 5-13.

accéder aux contenus et, par conséquent, nous ne traiterons pas explicitement des contenus véhiculés via ce réseau de réseaux, ni des aspects de sécurité, de confidentialité et de protection de la vie privée. Deuxièmement, nous ferons référence aux technologies de l'information et des communications (TIC) dans un sens limité: il s'agira ici de l'ensemble des matériels et logiciels utilisés pour assurer la fourniture de tels services de l'information et des communications²³. Troisièmement, nous orienterons notre analyse vers les initiatives gouvernementales – et non les initiatives privées – pour assurer l'accès des individus, communautés, entreprises et gouvernements à la société globale de l'information et des communications. Par conséquent, nous n'examinerons pas le cadre juridique des investissements étrangers.

Le présent article, divisé en deux sections, porte sur les mesures adoptées pour assurer la protection de l'intérêt et du service publics dans un régime concurrentiel international conformément au postulat – non critiqué dans la présente étude – selon lequel l'accès de chaque individu, communauté, entreprise et gouvernement au réseau universel, intercommunicant et interdépendant est conditionnel à la réalisation de leurs activités de nature civile, politique, économique, sociale et culturelle. La première section explique la nature et l'ampleur des initiatives de nature normative prises sur le plan international pour protéger l'intérêt et le service publics de télécommunication – et de l'information et des communications – dans un environnement concurrentiel (I). Le second chapitre propose des alternatives d'encadrement sur le plan international pour protéger un intérêt public répondant mieux aux impératifs d'une société globale de l'information et des communications (II).

I. L'accommodement d'un intérêt public et d'un service public modelés d'après le régime concurrentiel international

D'emblée, il faut reconnaître que la difficulté persistante de définir des concepts d'« intérêt public » et de « service public » complique le présent exercice d'analyse. Leur interprétation varie d'une juridiction à l'autre et change au gré des époques et des contextes. Par exemple, au Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a refusé d'ouvrir les marchés d'interurbains en 1985 et, sept ans plus tard, soit en 1992, il prenait la décision inverse, nous semble-t-il, en justifiant ces décisions, dans les deux cas, par l'intérêt public²⁴. Quant à la notion de service public, il faut savoir, très brièvement, que cette

²³ Notons que, dans son sens commun, « TIC » comprend les matériels et logiciels – des biens – ainsi que les services de télécommunication, ce qui n'est pas le sens retenu dans le présent article, sauf exception. En conformité avec la structure du système de l'OMC reposant sur la division entre les services et les biens, nous excluons les services de télécommunication de la définition généralement reconnue de « TIC » et en traiterons distinctement.

²⁴ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Concurrence intercirconscription et questions connexes », Décision Télécom CRTC 85-19, Ottawa, 29 août 1985. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Concurrence dans la fourniture de services téléphoniques publics vocaux internationaux et questions connexes relatives à la revente et au partage », Décision Télécom CRTC 92-12, Ottawa, 12 juin 1992.

notion a fait son apparition en France avec les services régaliens, tels la défense et la justice, et que c'est dans un contexte de république que les bases d'une éthique du service public furent introduites vers la fin du XVIII^e siècle. Par contre, cette notion s'est développée de façon différente dans les pays de *common law* où l'idée de la fonction de développement économique est devenue le nerf de la guerre qui incite l'intervention étatique²⁵.

Pour les fins du présent article, un « service public » signifie un service fourni dans l'intérêt de la collectivité ou de l'intérêt public. Cette notion fait référence à la conception large d'une activité vitale pour la vie sociale, par opposition à l'intérêt individuel, dont personne ne saurait se passer de la réalisation et qui se rapporte à l'idée d'un équilibre des intérêts économiques et sociaux contraires²⁶. À défaut de définition précise, la mission du service public peut être éclairante quant aux balises de l'intérêt public à l'intérieur desquelles les pouvoirs politiques et réglementaires oeuvrent pour déterminer sa portée. À titre comparatif, la mission d'un service de télécommunication peut consister à assurer la cohésion sociale et économique et la garantie d'une utilisation efficace et équilibrée des ressources communes à une société. Cette mission n'aura évidemment pas les mêmes visées qu'une mission strictement limitée au développement économique des communautés dotées d'un niveau de développement justifiant l'utilisation de tels services.

Dans le même ordre d'idées, une approche économique « pure » pourrait considérer les services de télécommunication comme répondant strictement à des intérêts individuels, reconnaissant ainsi une seule loi, celle de l'offre et de la demande. À l'exception de certains services de télécommunication et de radiodiffusion, les services de l'information et des communications se retrouvent principalement dans cette sphère « privée » sans association aux principes fondamentaux comme l'égalité, la continuité, l'adaptabilité, la neutralité, la transparence et le caractère abordable du service. À mi-chemin entre ces deux pôles – service public et bien de consommation –, l'intervention de l'État peut également être prévue lorsqu'un service de télécommunication ne peut être fourni adéquatement en termes de qualité et quantité à un segment significatif d'une communauté. Dans cette perspective, il s'agira alors de se demander si des principes fondamentaux généralement reconnus aux services publics pourront tout de même s'appliquer pour l'ensemble des services de l'information et des communications dans un régime concurrentiel.

²⁵ Alan Stone, *Public Service Liberalism: Telecommunications and Transitions in Public Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1991 aux pp. 31-32.

²⁶ Aglaé Maryioli, « La crise du droit au XX^e siècle » dans Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli, dir., *Histoire de la philosophie du droit*, coll. U/ Philosophie, Paris, Armand Colin, 2001 aux pp. 220, 227.

A. Un droit de définir un service universel sans faire obstacle à la concurrence

Rappelons brièvement que la libéralisation des marchés de télécommunication s'inscrit dans le mouvement néo-libéral initié aux États-Unis au milieu des années 1970, en Grande-Bretagne au début des années 1980, s'imposant ensuite à l'Union européenne dans les années 1980 et devenu, ultérieurement, la norme commune du système économique international²⁷. Dans ce contexte, le démantèlement d'AT&T et l'ouverture de ses marchés de l'interurbain à la concurrence ont donné le coup d'envoi au processus. De façon complémentaire, la concurrence s'est progressivement installée dans le marché de la fabrication et de la vente d'équipements utilisés par l'utilisateur final²⁸. L'adoption d'instruments bilatéraux, plurilatéraux et multilatéraux a stratégiquement positionné sur l'échiquier mondial la libre concurrence dans les marchés des biens et services de l'information et des communications.

La pratique montre que dans le secteur des services de télécommunication, les États n'ont pas saisi l'opportunité de protectionnisme consentie aux services publics, à tout le moins pour les services de télécommunication de base²⁹. En effet, l'*Accord général sur le commerce et les services (AGCS)* de l'OMC ne s'applique pas expressément aux « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental »³⁰ c'est-à-dire « [un] service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services »³¹. Pourtant, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) avait fait constat de la difficulté d'assurer la sauvegarde de l'intérêt public dans un contexte de concurrence en ces termes :

Les obligations énoncées dans l'Annexe établissent un équilibre fragile entre la nécessité pour les utilisateurs de bénéficier de conditions d'accès équitables et la nécessité pour les organes de réglementation et les

²⁷ Manuel Castells, *La société en réseaux*, trad. par Philippe Delamare, Paris, Fayard, 2001 à la p. 177. L'auteur traite de l'influence déterminante des États-Unis et du Royaume-Uni tant sur l'économie que sur les télécommunications, critiquée, d'ailleurs, par Sean MacBride et ses collègues. Voir Sean MacBride, *Voix multiples, un seul monde : Communication et société aujourd'hui et demain*, Paris, Documentation française, Nouvelles éditions africaines, UNESCO, 1980.

²⁸ Voir *Matter of Carterfone*, 13 F.C.C. 2d 420 (1968). Cette concurrence a pu prendre forme après un litige aux États-Unis concernant l'accessoire de plastique installé sur le combiné téléphonique pour améliorer le confort de l'utilisateur. Contrairement aux prétentions des fournisseurs de services de télécommunication, le tribunal a déclaré que cet accessoire n'affectait en rien l'intégrité du réseau de télécommunication.

²⁹ Markus Krajewski, « Public Services and the Scope of the General Agreement on Trade in Services (GATS) », Center for International Environmental Law (CIEL), Genève, Mai 2001 à la p. 15, en ligne : CIEL <<http://www.ciel.org/Publications/PublicServicesScope.pdf>>. Voir aussi OMC, Communiqué, PRESS/299 « Le directeur général de l'OMC et le président des négociations sur les services menées à l'OMC nient que, comme certains le prétendent, les services publics soient menacés » (28 juin 2002), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/pres02_f/pr299_f.htm>.

³⁰ *Accord général sur le commerce des services et annexes*, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1167 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [AGCS], art. 1(3)(b).

³¹ *Ibid.*, art.1 (3)(c).

exploitants de télécommunication publics de maintenir un système qui fonctionne et réponde aux objectifs du service public.³²

Les engagements de libéralisation ont d'abord concerné les services de télécommunication à valeur ajoutée. Des efforts supplémentaires bien ciblés ont dû être déployés pour obtenir une libéralisation des services de télécommunication de base³³. Même si les définitions législatives et jurisprudentielles diffèrent d'une juridiction à l'autre, il est généralement reconnu que les services de télécommunication se divisent en deux catégories : les services de télécommunication de base et les services de télécommunication à valeur ajoutée. Cette notion de « service à valeur ajoutée » est apparue en opposition à celle de « service de base » aux États-Unis vers 1980 sous l'influence d'IBM. La Federal Communication Commission (FCC), organisme de réglementation des télécommunications aux États-Unis, cherchait alors à fixer les règles du jeu et à préciser ses propres champs d'intervention et d'investigation dans le cadre de sa tâche de réglementation de l'activité des exploitants dominants. Ainsi, « toutes les prestations ajoutant quelque chose au service-support [offert à des tiers, soit un apport technologique additionnel doivent] être considérées comme à valeur ajoutée [et, par conséquent], soumises à une régulation plus légère, voire inexistante »³⁴. Au Canada, le CRTC a décidé d'adopter les définitions de « service de base » et de « service à valeur ajoutée » qui correspondent en substance à celles de la FCC avec des modifications mineures³⁵. À

³² OMC, *Présentation de l'Annexe sur les télécommunications*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_annex_expl_f.htm>.

³³ Rappelons que sur une base régionale, par exemple, la portée de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T.Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA] en matière de services de télécommunication de base demeure limitée. Les trois États signataires, soit le Canada, les États-Unis et le Mexique, ont effectivement inscrit les services de télécommunication de base dans les listes d'exclusions lors de leur adhésion à l'ALÉNA. Cependant, même si les résultats n'ont pas été immédiats en sol nord-américain, l'ALÉNA a servi de prélude, voire de modèle, aux mouvements internationaux de libéralisation des marchés de services de télécommunication. Au niveau multilatéral, parmi les nombreux accords conclus sous l'égide de l'OMC, l'AGCS, *supra* note 30, quant à lui, vise à libéraliser le commerce des services. L'AGCS contient l'*Annexe sur les télécommunications*, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1167 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995), qui traite de points spécifiques se rapportant au commerce des services de télécommunication, comme l'accès aux réseaux publics de télécommunication. Les négociations sur les télécommunications de base se sont poursuivies suite à l'adoption de la *Décision ministérielle sur les négociations sur les télécommunications de base*, 24 avril 1996, 33 I.L.M. 1167 (entrée en vigueur : 24 avril 1996). Le *Quatrième protocole annexé à l'accord général sur le commerce de service*, 15 avril 1997, 33 I.L.M. 1167 (entrée en vigueur : 5 février 1998) [*Annexe sur les télécommunications de base*] établit le cadre juridique permettant d'annexer les nouvelles listes d'engagements *spécifiques* et *additionnels* relatives aux services de télécommunication de base à celles concernant les services issues du Cycle de l'Uruguay. Joint à l'*Annexe sur les télécommunications de base*, se retrouve le *WTO Regulation Reference Paper*, 15 avril 1997, 35 I.L.M. 367 (entrée en vigueur : 5 février 1998) [*Document de référence*].

³⁴ Lionel Fleury, *La télécommunication : Stratégies et défis*, Paris, Eska, 1997 à la p. 31.

³⁵ Voir Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Services améliorés », Décision Télécom CRTC 84-18, Ottawa, 12 juillet 1984. Voir aussi Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, « Identification des services améliorés », Décision Télécom CRTC 85-17, Ottawa, 13 août 1985.

titre indicatif, l'OMC propose des définitions similaires dans le document intitulé *Définition des télécommunications de base et des services à valeur ajoutée*³⁶.

Du point de vue de l'élaboration d'une normativité nationale, cette distinction « base/à valeur ajoutée » est utilisée pour définir les objectifs de service public et les obligations de service universel. De plus, dans un environnement partiellement libéralisé, ces définitions servent à distinguer les services fournis sur une base exclusive et ceux qui sont offerts sur une base concurrentielle, ainsi que ceux assujettis à une réglementation et ceux qui ne le sont pas. Par exemple, il n'est pas rare de retrouver, au plan national, les services de téléphonie mobile, téléavertisseur, transmission de données (en temps réel ou non) dans la catégorie des services à valeur ajoutée, ou autrement dit, des services concurrentiels non réglementés.

Dans le cadre des négociations actuelles sous l'égide de l'OMC, il sera intéressant d'avoir à l'œil, d'une part, la préoccupation de la réduction de la fracture numérique entre les pays développés et en voie de développement lors de la prise d'engagements en matière de services informatiques et, d'autre part, le dénouement de la controverse entourant la libéralisation des services audiovisuels. Considérant leur rôle dans la promotion et la préservation de l'identité culturelle et de la diversité culturelle, des États refusent de considérer simplement le caractère commercial de ces services audiovisuels. À cet égard, un réseau international pour la diversité culturelle milite en faveur de l'adoption d'un instrument international pour protéger l'adoption de politiques culturelles en invoquant principalement que les forces du marché sont insuffisantes pour protéger la diversité culturelle³⁷. Pour contrecarrer cette résistance, la stratégie américaine consiste à multiplier les accords bilatéraux pour accéder aux marchés nationaux de l'audiovisuel³⁸.

Deux courants s'opposent sur les effets de la libéralisation des marchés de télécommunication au niveau de l'universalité d'accès aux services de télécommunication. D'une part, l'OMC et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont rapidement émis des constats favorables à la concurrence sur l'accès aux services de télécommunication³⁹. Cette croissance résulterait d'une réaction en chaîne d'effets positifs. Dans une première phase, la libéralisation des services de télécommunication aurait un impact sur les marchés de télécommunication via le prix et l'étendue des services, l'interopérabilité et

³⁶ OMC, *Définition des télécommunications de base et des services à valeur ajoutée*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_coverage_f.htm>.

³⁷ Groupe de travail sur la diversité culturelle et la mondialisation du Réseau international sur la politique culturelle, «Instrument international sur la diversité culturelle», en ligne : Réseau international sur la politique culturelle (RIPC) <http://206.191.7.19/meetings/2002/instrument_f.shtml>.

³⁸ Par exemple, le site Internet de l'Office of the United States Trade Representative, en ligne : USTR <<http://www.ustr.gov/>>.

³⁹ OMC, Conseil du commerce des services, *Services de télécommunication, Note d'information du Secrétariat*, OMC Doc. S/C/W/74 (8 décembre 1998), aux para. 3-4. Voir aussi Ypsilanti, « Société mondiale », *supra* note 6 à la p. 39. Dimitri Ypsilanti, *Panorama de l'ouverture du marché et des échanges dans le secteur des télécommunications*, Groupe de travail sur les politiques en matière de télécommunication et de services d'information, Documents de travail de l'OCDE n°67, vol.7 (1999) à la p. 7 [Ypsilanti, « Panorama »].

l'encouragement à l'innovation en matière de services. Par la suite, ces changements produiraient à leur tour des effets au niveau des entreprises, sous la forme d'une utilisation différenciée des services, d'un prix plus bas de ceux-ci, de l'encouragement à développer de nouveaux processus de production et d'une plus grande facilité de marketing. Finalement, ces progrès vers l'ouverture des marchés, ces gains de productivité et d'efficacité et ces investissements supplémentaires se traduiraient par des effets macro-économiques⁴⁰. Pour compléter ce portrait, il faudrait probablement noter également les effets produits par le « grand ménage » obligé à l'intérieur d'autres services des entreprises de télécommunication lors du changement de régime réglementaire, tels la comptabilité, la finance et les ressources humaines.

D'autre part, certains portent un jugement nuancé quant aux effets positifs de la concurrence sur ce service public. Les récriminations les plus courantes constatent que ce régime concurrentiel ne favoriserait que les gros utilisateurs et les liaisons à grand trafic. Nicholas Economides affirme même que l'intérêt public aux États-Unis a été compromis par la vague de libéralisation. Sa position repose sur trois arguments. Premièrement, il reproche aux fournisseurs la réclamation de prix d'accès élevés aux usagers. Selon lui, la concurrence dans les services interurbains n'a pas apporté une diminution proportionnelle des prix aux consommateurs, comme elle eut dû l'être, aux économies réalisées par les changements technologiques. En d'autres mots, les fournisseurs n'ont pas transposé aux consommateurs les économies réalisées par l'introduction d'innovations technologiques⁴¹. Deuxièmement, Economides évalue que les objectifs d'ouverture et d'accès à la facilité ne se sont pas réalisés. Il note que cinq ans après l'adoption de la loi assurant l'ouverture des marchés de téléphonie locale à la concurrence aux États-Unis, huit des entreprises de fourniture de services locaux continuaient d'occuper 96% du marché. Par le jeu de la réorganisation et des fusions, le nombre de fournisseurs de téléphonie locale est passé à quatre. Est-ce que ces résultats confirment la théorie du monopole naturel pour les services de télécommunication de base? Troisièmement, l'incitation du gouvernement états-unien lancée aux fournisseurs établis à louer leurs installations aux concurrents n'aurait pas donné les avantages escomptés⁴². En somme, selon cet auteur, il semble que le marché de la téléphonie locale demeure très fermé au sud du 50^e parallèle nord-américain et que les entreprises de services locaux concurrents peuvent difficilement accéder aux utilisateurs⁴³.

Actuellement, pour encadrer cette concurrence et implicitement éliminer les pratiques anticoncurrentielles, le *Document de référence*⁴⁴ établit les principes réglementaires suivants : les mesures de sauvegarde en matière de concurrence, l'interconnexion, l'accès du public aux critères applicables à l'émission de licences, l'indépendance des organes réglementaires, la répartition et l'utilisation des

⁴⁰ Cave, *supra* note 18 à la p. 87.

⁴¹ Nicholas Economides, « Coming Apart, Coming Together: the AT&T Breakup (Round Three) and the Remonopolization of Telecommunications » [2001] *SternBusiness* 39 aux pp. 39-40.

⁴² Même si, contrairement au Canada, les États-Unis ont créé d'entrée de jeu une discrimination positive pour les nouveaux entrants afin d'encourager la concurrence.

⁴³ Economides, *supra* note 41 à la p. 40.

⁴⁴ *Document de référence*, *supra* note 33.

ressources limitées et le service universel. En février 1997, soixante-trois membres s'étaient engagés à respecter le *Document de référence* en partie ou en totalité⁴⁵. Dans ce dernier cas, ils ont alors incorporé l'intégralité du *Document de référence* dans leurs engagements additionnels conformément à l'article XVIII de l'AGCS⁴⁶.

Le *Document de référence*⁴⁷ décrit les règles que les États doivent respecter lorsque ces derniers voudront définir les obligations applicables, le cas échéant, selon le service universel qu'ils souhaitent établir. Voici ce que prévoit l'article 3 :

Tout Membre a le droit de définir le type d'obligation en matière de service universel qu'il souhaite maintenir. Ces obligations ne seront pas considérées comme étant anticoncurrentielles en soi, à condition qu'elles soient administrées *de manière transparente, non discriminatoire et neutre du point de vue de la concurrence et qu'elles ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre*.⁴⁸ [Nos italiques]

Clairement, l'article 3 du *Document de référence* respecte le principe de la souveraineté étatique et donne aux États le droit – et non l'obligation – de définir leurs propres obligations en matière de service universel conformément à leurs réalités locales⁴⁹. Par conséquent, cet instrument contraignant vise spécifiquement la protection du commerce international par l'élimination de pratiques anticoncurrentielles, et non directement la sauvegarde du service public des télécommunications – ou des services de l'information et des communications – et de l'intérêt public global qui en découle. Cet engagement de ne pas entraver la concurrence doit être respecté par les États qui ont incorporé le *Document de référence* par le truchement d'obligations additionnelles. Dans le cas contraire, ils peuvent être traduits devant l'organe de règlement des différends de l'OMC.

Il est à noter que malgré ses engagements issus du *Document de référence*, le Mexique a exprimé des réserves quant à l'à-propos de négocier des principes réglementaires spécifiques au secteur des télécommunications en parallèle avec des mesures pour faciliter l'accès au marché. Voici comment il exprime sa position :

Le Mexique a adopté le *Document de référence* et il reconnaît et applique les engagements qui y sont inscrits puisque sa législation interne est, depuis lors, pleinement compatible avec ses engagements. Néanmoins, le

⁴⁵ OMC, « Historique des négociations sur les télécommunications » en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_history_f.htm#paper>.

⁴⁶ AGCS, *supra* note 30. Voir OMC, « Liste de l'ensemble des engagements et exemptions actuels concernant les télécommunications », en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/telecom_f/telecom_commit_exempt_list_f.htm>.

⁴⁷ *Document de référence*, *supra* note 33.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 3.

⁴⁹ Voir OMC, Conseil du commerce et des services, Réunion extraordinaire sur les services de télécommunication, *Communication de l'UIT, Tendances générales des réformes dans les télécommunications*, OMC Doc. S/C/W/110/Add.4 (17 juin 1999), app. I à la p. 15. L'UIT confirme le droit de chaque État membre de définir son propre service universel prévu à l'art. 3 du *Document de référence*, *supra* note 33.

Mexique estime que les principes régissant la concurrence ne doivent pas être visés par les négociations sur l'accès aux marchés concernant les services ou 'certains' secteurs présentant un intérêt pour quelques Membres, *mais par des négociations beaucoup plus vastes et générales qui prendraient en compte les intérêts de toutes les parties et les différents niveaux de développement.* Au vu de l'anomalie que constitue l'imposition d'obligations en matière de concurrence dans un seul secteur et à quelques Membres seulement, et en vue de créer une situation dans laquelle tous les pays bénéficieraient de principes favorisant la concurrence commune, *il faudra veiller à ce que, à la suite des négociations en cours sur les télécommunications, tous les pays Membres contractant des engagements dans ce secteur adoptent le document de référence.*⁵⁰ [Nos italiques]

Cette position mexicaine met aussi en lumière le *patchwork* de normes établissant un régime concurrentiel mondial des télécommunications. La flexibilité dont ont dû faire preuve les États membres lors de l'adoption du *Document de référence* explique l'absence d'une démarche planifiée et structurée, mais justifie-t-elle un résultat permanent dépourvu d'uniformité et de cohérence? Comment garantir la sauvegarde de l'intérêt public dans un cadre concurrentiel international déficient? Dans une optique prospective, il faudrait envisager la possibilité d'adopter une approche plus globale et intégrante des principes réglementaires concurrentiels. Nous devons également constater que la mise en place de la société globale de l'information et des communications nécessite la fourniture, au-delà des frontières, de plusieurs types de services par voie électronique. En conformité avec cette nouvelle réalité, l'ouverture à la concurrence des services de télécommunication est appelée à se compléter par des engagements croisés visant les services informatiques et le commerce électronique, mais également d'autres services moins apparentés subissant des modifications majeures avec les TIC comme ceux de la santé ou de l'éducation⁵¹. Quant à ces derniers, la question de la protection des services publics à la lumière de l'AGCS méritera une attention particulière. Portons-nous atteinte à l'intérêt public lorsque l'ouverture des marchés éducatifs à la concurrence permet sans condition la formation en ligne à l'étranger? Voilà une piste de recherche fort intéressante pour d'autres travaux.

B. La définition et l'administration du service universel

Les explications fournies dans les prochains paragraphes permettront de mieux comprendre la portée des obligations de service universel que les États peuvent ainsi

⁵⁰ OMC, Conseil du commerce des services, sess. extra., *Communication du Mexique*, OMC Doc. S/CSS/W/101 (10 juillet 2001), au para. 8 (vi), (vii).

⁵¹ Voir OMC, *Services informatiques et services connexes : Note du Secrétariat*, OMC Doc. S/C/W/45 (14 juillet 1994). Voir aussi Commission des droits de l'Homme, *Rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'éducation, Mme Katarina Tomasevski, soumis conformément à la résolution 1998/33 de la Commission des droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Doc. NU E/CN.4/1999/49 (13 janvier 1999) point 10 de l'ordre du jour provisoire aux pp. 17-22.

définir. Il sera question des dimensions constitutives du service universel (1) et des lacunes des modèles actuels de définition et d'administration du service universel (2).

1. LES DIMENSIONS CONSTITUTIVES DU SERVICE UNIVERSEL

De façon générale, la portée des obligations de service universel varie en fonction des éléments constitutifs suivants : (1) l'accès géographique, (2) l'accès pécuniaire, (3) la qualité de service, (4) les tarifs et (5) les handicaps personnels. Ces éléments donnent de l'amplitude à la réglementation en matière d'universalité de service dans un régime concurrentiel.

En ce qui concerne le premier élément, l'accès géographique, les fournisseurs de services peuvent être contraints d'assurer l'accès à une gamme de services spécifiés, conformément à des normes données, dans différentes régions et des agglomérations de taille variable et dans des délais fixés⁵². En usant de cette contrainte, la divulgation du degré de priorité accordé à certaines régions et les coûts/avantages de cet ordre de priorité rendent hommage à la transparence réglementaire. Les fournisseurs de services peuvent être tenus d'adopter des politiques tarifaires appropriées et de planifier leurs investissements de manière à atteindre des taux de pénétration bien identifiés dans des délais donnés, région par région. On peut ainsi contrôler la réalisation de cet objectif en suivant les taux de pénétration pour des groupes socio-économiques déterminés. Sur la base de ces analyses, les pouvoirs publics peuvent convenir de subventionner des groupes d'utilisateurs spécifiques et, le cas échéant, choisir les mesures appropriées⁵³.

Le deuxième élément déterminant les obligations de service universel, l'accès pécuniaire, restreint ou étend la portée de cette obligation, selon l'approche retenue. Une conception minimale de l'accès pécuniaire ne veille qu'au raccordement, de telle manière que le téléphone est réduit à un moyen de secours permettant d'effectuer et de recevoir les seuls appels d'urgence. Une approche plus large consisterait à considérer l'accessibilité pécuniaire globale du service de télécommunication couvrant ses composantes de raccordement, d'abonnement et de consommation⁵⁴. Si, dans le contexte du service universel, on définit l'accessibilité pécuniaire et le caractère raisonnable des coûts comme étant le niveau de prix permettant d'atteindre un taux de pénétration élevé, le service universel comporte alors d'importantes conséquences pour les prix relatifs des services de télécommunication et la rentabilité de l'exploitant du réseau. Ce qui est pécuniairement abordable à un coût raisonnable *pour un ménage* ne coïncide peut-être pas avec ce qui est pécuniairement abordable à coût raisonnable *pour une entreprise*.

On peut observer l'évolution de la relation entre les tarifs des services de télécommunication, le revenu disponible et l'utilisation des télécommunications.

⁵² Patrick Xavier, *Les obligations de service universel dans un environnement concurrentiel de télécommunication*, Politiques d'information, d'informatique et de communications, n°38, Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, 1995 à la p. 20.

⁵³ *Ibid.* à la p. 25.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 23.

Certains établissent même une corrélation entre le revenu familial et l'abonnement à un service de télécommunication⁵⁵. À ce jour, il n'existe aucune méthode invariablement reconnue pour fixer un tarif juste et raisonnable ou établir un service abordable⁵⁶. Ces concepts sont forcément relatifs⁵⁷. Dans un régime fondé sur la base tarifaire et le taux de rendement, les tarifs sont jugés justes et raisonnables dans la mesure où ils suffisent à couvrir les besoins financiers des entreprises nécessaires à la prestation des services réglementés et qu'il n'y ait pas de discrimination injuste dans l'offre de leurs services. Au Canada, ces besoins financiers étaient déterminés en fonction des dépenses que l'organisme de réglementation autorisait et du taux de rendement qu'il jugeait équitable pour permettre à l'entreprise d'attirer les capitaux nécessaires à ses investissements et de rétribuer équitablement les actionnaires suivant l'appréciation du risque encouru⁵⁸. Dans un régime de plafonnement des prix, l'interprétation de ce qui constitue un service juste et raisonnable évoluera fort probablement au fil des ans suivant les initiatives des législateurs et des tribunaux. Par exemple, au niveau international, c'est plutôt le concept d'équité qui est retenu⁵⁹. On postule l'équité entre les fournisseurs de services et les consommateurs ainsi qu'entre les consommateurs eux-mêmes.

À noter que l'économie du haut débit constitue également une rupture technologique avec celle traditionnellement utilisée par les modems standards sur le réseau téléphonique, rupture vécue récemment par le Canada, le Mexique, leur voisin commun et d'autres États. En effet, cette économie ne se fonde plus que sur la durée de communication, mais également, et principalement, sur le volume de données transféré. Ceci autorise dès lors une connexion permanente au réseau et non plus, comme c'était le cas des modems téléphoniques, un accès temporaire alloué à chaque connexion. Au lieu d'une tarification proportionnelle à la durée de temps passé en

⁵⁵ Voir Rens, *supra* note 13 aux pp. 1, 26, 124-125. À la p. 26 : il est intéressant de se rappeler que le tarif inaugural du télégraphe était de 100 dollars US pour les premiers dix mots. À la p. 1 : quant au service téléphonique, à son avènement, les tarifs variaient en fonction de la capacité de payer des abonnés. Ils étaient faibles, voire gratuits, lorsqu'on voulait supprimer la concurrence. Aux pp. 124-125 : au tournant du XX^e siècle, le prix annuel du service de base à Montréal et à Toronto oscillait entre 30 et 35 dollars dans le marché résidentiel et entre 50 à 55 dollars dans le marché des affaires. En ce qui a trait au service international, les communications transatlantiques ont été inaugurées lorsque le câble sous-marin entre l'Europe et le Canada a été installé. Au début du siècle dernier, une telle communication occasionnait une dépense de 125 dollars US; ces coûts ont diminué lorsque cet usage s'est accru.

⁵⁶ Voir l'art. 27 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Le législateur dicte : « Tous les tarifs doivent être justes et raisonnables ».

⁵⁷ Voir aussi Canada, Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *Accès, coût abordable et service universel sur l'autoroute canadienne de l'information*, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1995 à la p. 13.

⁵⁸ L'art. 340 de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. 1985, c. R-3. On considère généralement que les taux doivent être justes non seulement pour l'utilisateur mais aussi pour l'entreprise qui doit recevoir une compensation équitable, compte tenu des capitaux qu'elle a investis. De son côté, le CRTC interprète très largement l'expression juste et raisonnable. De façon générale, cet organisme rend des décisions se fondant sur la nécessité que les entreprises puissent réaliser un profit raisonnable sur le capital investi une fois que toutes les dépenses admises pour fins de tarification ont été payées. Voir aussi *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes c. Bell Canada* [1989] 1 R.C.S. 1722. Dans ce jugement, la Cour suprême s'est prononcée sur la question des taux justes et raisonnables.

⁵⁹ Intven, *supra* note 18 à la p. 4-2.

ligne, le haut débit permet ainsi de s'orienter vers une tarification au forfait. Ce type d'économie et de tarification est-il garant d'un accès amélioré?

Quant à la qualité de service, troisième élément constitutif, il s'exprime par la fixation des indicateurs de la qualité de service ainsi que par des objectifs qui feront l'objet d'un contrôle par les pouvoirs publics, l'inexécution de ces obligations pouvant entraîner des pénalités, telles que des ristournes au profit des clients. On pourrait alors examiner s'il est souhaitable ou possible, tout en préservant la qualité du service universel de base, de fixer des niveaux de qualité différents à des prix différents et appliquer un tel système de façon transparente⁶⁰.

Le principe de l'universalité d'accès doit tenir compte de la nature de la technologie déployée au service puisque la qualité de la fourniture d'un tel service est directement proportionnelle à l'augmentation de la capacité de commutation, de transmission, de souplesse et d'« intelligence » du réseau ainsi que du développement des communications sans fil. Une technologie de pointe ne sera pas efficace dans toutes les circonstances particulières. Au contraire, dans certains endroits, par exemple, et pour des raisons de coûts, il peut être souhaitable d'assurer le service au moyen de liaisons radio, plutôt que par des câbles téléphoniques. Si on accepte cette solution, tous les abonnés n'auront pas accès à la même qualité de service, bien que le service doive satisfaire des normes minimales applicables à tous :

Le fait qu'une technologie, en offrant par exemple des services plus [performants] que la téléphonie de base, apporte une qualité de service plus élevée qu'une autre ne devrait pas, [pour certains,] être considéré comme discriminatoire, dès lors que toutes [ces technologies] atteignent des niveaux minima reconnus.⁶¹

Quant à l'universalité des tarifs, quatrième élément à considérer, la question essentielle est la suivante : dans quelle mesure doit-on permettre une modulation des prix suivant les segments du marché ou la localisation géographique? En particulier, faut-il considérer les réductions de prix pour les utilisateurs ayant un volume de trafic important comme une violation du principe d'universalité? Sur le plan réglementaire, il s'agit de savoir si une telle modulation des prix distribue équitablement les coûts et les avantages du système et de clarifier la relation entre cette modulation des prix et les autres objectifs du service universel⁶².

Dernier élément constitutif, l'accès des personnes handicapées au service universel, implique l'imposition d'obligations aux fournisseurs de services, par exemple, la mise en disponibilité obligatoire d'équipements spécialisés permettant à des personnes ayant des handicaps divers d'accéder aux services de

⁶⁰ Xavier, *supra* note 52 à la p.17.

⁶¹ *Ibid.* à la p. 25.

⁶² *Ibid.* à la p. 17.

télécommunication⁶³. Examinons comment ces éléments constitutifs du service universel prennent forme au sein des organismes nationaux de réglementation.

2. LES LACUNES DES MODÈLES ACTUELS DE DÉFINITION ET D'ADMINISTRATION DU SERVICE UNIVERSEL

Les obligations de service universel varient d'un pays à l'autre en fonction des conditions locales. Parmi celles-ci, le niveau de développement de l'infrastructure de télécommunication est un élément central. Par contre, la description de ces niveaux ne fait pas l'unanimité. Pour les fins du présent article, nous acceptons celle qui a été proposée par Martin Cave⁶⁴ :

Niveau de développement	Description
La constitution du réseau	C'est l'étape de l'introduction du téléphone, initialement pour les entreprises et les ménages fortunés.
L'extension géographique	À cette étape, la pénétration du service affaires atteint un niveau élevé, et la pénétration du service résidentiel atteint 30 % du total ⁶⁵ .
La consommation de masse	La pénétration du service affaires est quasi-totale et celle du service résidentiel atteint 80 %.
La consommation du réseau	La pénétration du service affaires est complète et la pénétration du service résidentiel atteint ou dépasse 90 %.
Les services aux individus	Chacun a accès à des services de télécommunication de base et un accès public à des services avancés qui les complètent.

De nombreux facteurs disparates influencent le développement de l'infrastructure des services de l'information et des communications comme le réseau d'électricité d'un État, sa géographie et la répartition de sa population sur le territoire. En dépit de tous ces facteurs, cette description du développement de l'infrastructure explique, sinon justifie, la péréquation géographique des tarifs souvent mise en place, surtout si l'idée motrice est qu'il faille rendre le service de télécommunication accessible à tous. Ainsi, elle reflète les différences entre les réseaux de différents pays et, par conséquent, elle permet de mieux se représenter les préoccupations qui

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cave, *supra* note 18 aux pp. 82-83.

⁶⁵ L'extension géographique s'est concrétisée vers le milieu des années soixante en Europe, quelques vingt ou trente ans après ce qui s'est déroulé aux États-Unis.

animent les gouvernements de ces pays lors d'adoption de mesures en matière d'universalité.

Ces variations peuvent se situer à plusieurs niveaux, soient le champ couvert par la notion de service universel et la répartition des responsabilités en la matière, de même que les méthodologies permettant de déterminer le coût et le financement de ce service. L'OCDE explique l'importance de bien définir la mission du service universel. D'abord, il faut formuler de façon expresse les objectifs de cette mission, notamment les conditions dans lesquelles une assistance doit être apportée aussi bien aux exploitants qu'au public. Ces objectifs doivent être distincts, réalisables et mesurables et ainsi permettre de déterminer si les fournisseurs de service de télécommunication ont rempli leur obligation de service universel.

En principe, on réfère à la définition de services de télécommunication de base pour définir les obligations de service universel. Cet exercice de définition recèle des défis importants puisque la définition de service de télécommunication de base est souvent trop imprécise et, au surplus, elle est évolutive. Évidemment, l'imprécision des obligations permet plus facilement aux exploitants de s'y soustraire, totalement ou partiellement, ce qui a ainsi des conséquences sur l'intérêt public.

Tout d'abord, un service de télécommunication de base, pour les fins de définition des obligations de service universel, inclut en général les éléments suivants : un réseau de téléphonie vocale, un service de composition des numéros à clavier numérique, un accès à un service d'urgence et l'assistance-annuaire. En principe, l'accès à ces composantes est garanti sans distinction à un service résidentiel ou à un service d'affaires. De plus, quelques pays à travers le monde reconnaissent l'Internet à faible vitesse, mais non à haute vitesse, comme un service de télécommunication de base⁶⁶.

Dans le même ordre d'idées, l'UIT distingue sur le plan réglementaire deux types d'accès : l'accès universel et le service universel. L'accès universel se définit comme suit :

Universal Access (UA) generally refers to a situation where every person has a reasonable means of access to a publicly available telephone. UA may be provided through pay telephones, community telephone centres, teleboutiques, community Internet access terminals and similar means.⁶⁷

En comparaison, le service universel est plus exigeant; il impose la fourniture des services de télécommunication identifiés à chaque foyer. L'UIT définit le service universel de la façon suivante : « Universal Service policies generally focus on promoting or maintaining 'universal' availability of connections by individual households to public telecommunications networks »⁶⁸.

Ces deux types d'accès permettent de distinguer les obligations de fourniture de services entre les pays développés et les pays en voie de développement, mais

⁶⁶ Voir OMC, *supra* note 55.

⁶⁷ Intven, *supra* note 18 à la p. 6-1.

⁶⁸ *Ibid.*

également à l'intérieur même des pays développés selon les types de services. Évidemment, la préoccupation la plus urgente touchant au service universel réside dans l'accès à un service téléphonique par les personnes vivant dans les zones rurales et reculées. Il semblerait que cette préoccupation sera applicable *mutatis mutandis* aux services de l'information et des communications. Par exemple, au Canada, en ce qui concerne l'autoroute de l'information, il a été établi que les centres urbains sont priorisés par rapport aux régions rurales :

L'augmentation de la puissance des réseaux de télécommunication, y compris l'accès grâce à la technologie numérique et à large bande, s'effectuera probablement d'abord dans les grandes villes où les coûts sont plus bas et les revenus des sociétés plus élevés. Dans le même ordre d'idées, on s'attend à ce que la conversion du système canadien de radiodiffusion et de télédiffusion à la transmission numérique, ainsi que l'augmentation de la puissance des réseaux de câblodistribution s'effectuent d'abord dans les marchés urbains. Comme de tels services sont moins rentables dans les régions rurales, et qu'ils ne le seront peut-être jamais, la modernisation des réseaux d'accès y sera retardée, à moins que les gouvernements ou que les organismes de réglementation ne l'exigent ou ne l'encouragent.⁶⁹

Il faut s'attendre en l'occurrence à ce que l'accès aux services en ligne et aux ressources requises pour la fourniture de tels services soient rendus disponibles aux citoyens, dans un premier temps, suivant des obligations d'accès universel plutôt que de service universel. Ainsi, on pourrait prévoir un accès à Internet à basse vitesse, puis à haute vitesse, assuré à partir de bibliothèques publiques, de centres communautaires ou d'établissements d'enseignement. Dans cette perspective, un mécanisme de mise à jour des obligations de service universel doit tenir compte de cette évolution. Comme le propose l'UIT, les obligations de service universel pourront incorporer l'accès à la large bande conformément à l'évolution de l'industrie et des besoins sociétaux :

Modern communications are widely perceived as vital to international competitiveness in the information era. For this reason, it is a prime concern of many developed nations to spread broadband access as quickly as possible. This is also the underlying force in the effort of many developing countries to make basic Internet services accessible to an increased number of communities across the nation.⁷⁰

Après avoir défini une mission de service universel claire et évolutive, le défi pour les gouvernements nationaux consiste à administrer ce service universel conformément aux termes de l'article 3 du *Document de référence*⁷¹. Les obligations de service universel « ne sont pas considérées comme étant anticoncurrentielles en

⁶⁹ Voir par ex. Canada, Comité consultatif sur l'autoroute de l'information, *supra* note 57 à la p. 10.

⁷⁰ UIT, *Trends in Telecommunication Reform 1999*, Genève, UIT, 2001 à la p. 61.

⁷¹ *Document de référence*, *supra* note 33.

soi, à condition qu'elles soient administrées de manière transparente, non discriminatoire et neutre du point de vue de la concurrence et qu'elles ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre ». Dans *Trends in Telecommunication Reform 1999*, l'UIT définit les concepts de « transparence », « non-discrimination » et « neutralité » comme suit :

Transparent means that the rules and regulations that apply to a particular measure should be published and made available to all interested parties. Thus, an incumbent operator might be obliged to publish separate accounts for different parts of its operations, and to show the actual level of cross-subsidy which occurs between a loss-making part and a profitable part. *Application of USOs in a non-discriminatory manner* implies that the same rules should be applied to all operators, domestic or foreign. It could imply, for instance, that the cost of meeting USOs should be shared in an equitable manner by all operators with a national presence, or a significant share of the national market. *Competitively-neutral* implies that no potential service provider should be unfairly prevented from entering the market, and that no existing service providers should be unduly advantaged or disadvantaged as a result of the application of USOs.⁷² [Nos italiques]

De plus, l'OMC donne des éclaircissements sur la raison d'être de la dernière partie de l'énoncé de l'article 3 du *Document de référence* :

La règle de 'l'effet le moins restrictif sur le commerce' est destinée à faire en sorte que le législateur n'ait pas la main trop lourde. [...] Le rôle de l'État n'est pas forcément d'être la principale autorité de contrôle. Dans de nombreux cas, la solution peut passer par une forme d'autoréglementation.⁷³

Cette orientation s'inscrit dans le courant progressiste d'une régulation qui limite l'intervention étatique à un rôle de surveillance et louange les gains d'une auto-responsabilisation des entreprises. Le compromis se situe à la croisée de la sécurité d'un cadre juridique et de la flexibilité de développement d'une industrie.

Les États ont le choix, à l'heure actuelle, entre cinq principaux mécanismes pour implanter leur politique d'universalité d'accès, soient : la réforme orientée vers le marché, l'obligation de service, les subventions croisées, les contributions de déficit d'accès et les fonds d'universalité⁷⁴. Plusieurs de ces mécanismes peuvent être appliqués de façon concomitante. Dans les pages précédentes, nous avons déjà discuté des trois premiers mécanismes⁷⁵. Le mécanisme des contributions de déficit d'accès

⁷² UIT, *supra* note 70 à la p. 10.

⁷³ Voir OMC, *supra* note 8 à la p. 74.

⁷⁴ En anglais, ces expressions sont respectivement appelées « market-based reforms », « mandatory service obligations », « cross subsidies », « access deficit charges » et « universality funds ».

⁷⁵ Premièrement, la réforme orientée vers le marché réfère à la privatisation, la concurrence et aux tarifs basés sur les coûts. Deuxièmement, les obligations de service universel sont imposées lors de l'octroi d'une licence à un fournisseur de services ou par d'autres mesures réglementaires pour rencontrer les objectifs de connectivité pour tous aux réseaux publics de télécommunication. Troisièmement, les subventions croisées consistent pour les entreprises titulaires à utiliser les revenus des services ou

est semblable aux subventions croisées, à la différence qu'il est souvent mieux adapté à la réalité des marchés concurrentiels. Son fonctionnement consiste pour les entreprises titulaires à offrir leurs services de téléphonie locale à des tarifs qui sont, en moyenne, au-dessous des coûts afin d'assurer une meilleure accessibilité. Les autres fournisseurs contribuent à payer le manque à gagner. Toutefois, l'UIT affirme que la meilleure façon de financer ces obligations de service universel serait les fonds d'universalité. D'ailleurs, un nombre croissant d'organismes de réglementation dans différents pays choisissent ce mécanisme de financement⁷⁶.

En bref, les revenus réclamés par ces fonds sont utilisés pour promouvoir l'universalité. Contrairement aux contributions de déficit d'accès, ils sont généralement utilisés pour garantir la fourniture de services à des populations spécifiques, comme les abonnés habitant dans les zones rurales ou, de façon plus générale, les zones de desserte à coût élevé. Dans un régime concurrentiel, la réglementation par taux de rendement qui rend possible cet interfinancement cède le pas à une réglementation par plafonnement des prix et les abonnés habitant dans ces zones sont subventionnés à même un fonds central spécialement mis sur pied pour remplir cette fonction.

En définitive, il semble bien que la jurisprudence de l'OMC établira au fil des ans si les fonds d'universalité nationaux répondent aux critères de transparence, de non-discrimination et de neutralité, si les règles qui encadrent la contribution à ces fonds « ne sont pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre ». Et si les États membres décidaient d'orienter le débat autrement quant à la question du financement de l'universalité d'accès aux services de l'information et des communications en optant pour la mise sur pied de fonds centraux régionaux ou d'un fonds centralisé international, répondant ainsi au caractère global de tels services?

II. Une protection de l'intérêt public et du service public à l'envergure d'une société globale de l'information et des communications

Au niveau international, le modèle actuel « privatisation-concurrence-libéralisation » laisse bien peu de place à une obligation de protéger le service universel et, par conséquent, à la garantie d'une offre d'un service de télécommunication public international – et éventuellement, d'un service de l'information et des communications public international. Pour obvier à cette situation, nous examinerons des pistes de solutions en deux volets, soit un encadrement international renforcé (A) et une reconnaissance explicite d'un droit à communiquer (B).

clients plus lucratifs pour subventionner la fourniture de services aux abonnés à faible revenu ou habitant une zone de desserte à coût élevé.

⁷⁶ UIT, *supra* note 12 à la p. 79.

A. Un encadrement international renforcé

Un encadrement international plus protecteur de l'intérêt public n'est vraisemblablement pas possible sans une révision de l'article 3 du *Document de référence*. Le manque de cohérence au niveau de la définition de service universel peut avoir des conséquences sur l'établissement d'un commerce international libre de toute entrave, l'épanouissement de la société globale de l'information et des communications et la sauvegarde de l'intérêt et du service publics. Premièrement, l'OCDE affirme que, tout en respectant le système de l'OMC en matière de traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée, ce manque d'uniformisation pourrait éventuellement limiter l'accès au marché :

Du fait de ces disparités, on note des différences selon les pays dans les possibilités d'entrée, de même que dans la charge financière pour les nouveaux entrants. Dans certains cas, des entreprises non établies [peuvent] [...] devenir assez larges, quand les pays s'efforcent de mettre en œuvre des politiques visant à assurer un accès adéquat de tous les segments de la collectivité aux ressources d'information. Bien que l'accord de l'OMC concerne moins l'égalité des possibilités d'entrée sur le marché que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, ces différences peuvent entraîner des frictions sur le marché. Elles peuvent aussi avoir pour effet de restreindre par inadvertance l'entrée sur le marché.⁷⁷

En second lieu, le manque de cohérence au niveau international peut compromettre l'épanouissement de la société globale de l'information et des communications. Dans un contexte de développement d'une économie de réseaux, de convergence des technologies, de l'expansion du commerce électronique et de l'apparition de nouvelles applications et de nouveaux services multimédias, l'OCDE prédit une redéfinition majeure du cadre de réglementation afin de répondre aux impératifs de la société globale de l'information et des communications :

La notion 'd'accès public' aux nouveaux services est liée à celle de l'élargissement de la définition du service universel. Cet 'accès public' englobera des ressources, éléments et services dont la diversité dépasse largement ce que l'on appelle couramment les télécommunications. Ainsi, *l'accès à des ressources comme les matériels et les logiciels informatiques, l'offre éducative, l'accès électronique aux services publics, pourraient bien être considérés comme des éléments essentiels d'une participation à la société de l'information* [...]. Ce concept amélioré de service universel, ou d'accès public, aura donc *tendance à englober et à coordonner un ensemble beaucoup plus large de cadres d'action différents et de mécanismes de financement connexes que l'élément purement télécommunications* décrit ci-dessus. [...] À mesure que se développe la société de l'information et que de plus en plus d'éléments de l'économie,

⁷⁷ Ypsilanti, « Panorama », *supra* note 39 à la p. 14.

de l'éducation, de l'information et des loisirs sont reliés aux réseaux, il devient de plus en plus important que les membres les moins bien nantis et les plus vulnérables de la société ne soient pas laissés à l'écart. *Le concept de service universel doit être étoffé et adapté de façon à tenir compte de l'évolution qui fait que les réseaux exclusifs à des services perdent peu à peu de leur importance au profit de réseaux multiples, qui sont tous capables d'assurer un éventail de services encore plus large.*⁷⁸ [Nos italiques]

Il est à prévoir qu'une telle définition du service universel plus « englobante » sera accompagnée de mesures relatives au financement des obligations de service universel elles-mêmes plus « larges ». Pensons par exemple à des mesures fiscales en matière de santé ou d'éducation qui considéreraient le financement de l'accès aux services de l'information et des communications tels la télémédecine et l'enseignement en ligne.

Enfin, de façon plus générale, il y a ce risque d'atteinte à l'intérêt public lors du glissement de l'idée du « service public » vers celle du « service universel ». Cette thèse a principalement été développée par des auteurs issus de la tradition juridique française où, comme nous l'avons déjà expliqué⁷⁹, la notion de service public n'a pas évolué de la même façon qu'en de *common law*. Parmi les exemples soutenant leur thèse, les tenants de cette position donnent l'exemple de la continuité des services qui risque d'être compromise dans un régime concurrentiel où la logique du libre marché supporte entre autres la fermeture des entreprises. Nous sommes d'avis que la sauvegarde de l'intérêt public et du service public repose sur une définition claire et précise des obligations de service universel. En fait, il s'agit de protéger les garanties existantes et d'étendre leur portée pour répondre progressivement aux nouveaux impératifs du régime commercial international et de la société globale de l'information et des communications.

Il existe plusieurs façons d'envisager cet « article 3 révisé » du *Document de référence*. Tout en conservant le cadre réglementaire international actuel, Fredebeul-Krein et Freytag proposent d'améliorer le concept de service universel en imposant un « encadrement de la définition et de l'administration des obligations de service universel »⁸⁰. Cet encadrement exigerait des États membres qu'ils exercent leur droit de définition et d'administration en tenant compte des éléments suivants :

- (i) [T]he scope of services that have to be offered universally, and whether or not it has to be enlarged in the future according to technological developments and service obligations; (ii) the prices of these universal services; (iii) the number of service providers that are obliged to provide

⁷⁸ Ypsilanti, « Société mondiale », *supra* note 6 aux pp. 63-65.

⁷⁹ Voir *supra*, Section I, paragraphe introductif.

⁸⁰ Voir aussi OMC, *Communication de l'Union Internationale des Télécommunications, Tendances générales des réformes dans les télécommunications*, (17 juin 1999) OMC doc. S/C/W/110/Add.4, app. I, où l'UIT relate différentes précisions à apporter au modèle actuel.

universal services; and (iv) how and by whom the universal services are financed.⁸¹

Cet « encadrement de la définition et de l'administration des obligations de service » proposé inclut, à notre avis, des éléments intéressants de protection de l'intérêt public tout en érigeant un cadre uniforme qui respecte les exigences des règles relatives au commerce international. Ce cadre présente cependant des lacunes. Nous soulevons certaines réserves sur la fixation des prix de services suivant le modèle Fredebeul-Krein et Freytag puisque ce mode de fonctionnement ne tient pas compte des offres promotionnelles de services regroupés des entreprises. Aussi, nous émettons un doute sur l'importance accordée au nombre de fournisseurs de service de télécommunication comme devant obligatoirement être assujettis à une obligation de service. Qu'est-ce qui est le plus important : le nombre de fournisseurs ou les parts de marché que ces fournisseurs détiennent?

Nous croyons également que des critères de qualité doivent compléter ce modèle car, dans un contexte où l'infrastructure est très développée, l'offre à un prix abordable n'est plus suffisante. La qualité de service exige l'offre d'attributs autres que pécuniaires, par exemple, la protection de la vie privée des usagers⁸², leur droit d'avoir tous les services clairement identifiés sur la facture, leur droit de changer de fournisseur de télécommunication tout en conservant leur numéro de téléphone et leur droit de choisir leur fournisseur interurbain sans avoir à composer des numéros de téléphone interminables. Pour prendre le pouls de la situation actuelle, une étude sérieuse des projets de déclarations des droits des consommateurs, telles qu'envisagées par le Canada, permettrait sûrement de déceler les véritables intérêts protégés par l'État si ce n'est que par le choix de l'approche citoyenne ou consommatrice retenue⁸³.

Dans le même ordre d'idées, des obligations étatiques additionnelles devraient venir se greffer à ce cadre révisé. Selon nous, les États doivent être tenus (1) d'informer régulièrement le public de l'évolution du service universel, (2) d'assurer le suivi régulier et l'évaluation des performances de la prestation du service universel et (3) de publier des rapports de ces résultats⁸⁴. Cette proposition semble d'ailleurs créer un juste rapport entre le besoin de solidifier l'encadrement déficient du service universel sur le plan international et la reconnaissance du rôle clé des États dans la

⁸¹ Markus Fredebeul-Krein et Andreas Freytag, « Telecommunications and WTO Discipline: An Assessment of the WTO Agreement on Telecommunication Services » (1997) 21:6 *Telecommunications Policy* 477 à la p. 482.

⁸² Les mesures de protection de la vie privée peuvent inclure l'option d'éviter le dévoilement de son identité à l'afficheur, de choisir son affichage dans un annuaire (numéro confidentiel) et de ne pas énumérer la liste des numéros de téléphone composés. Les questions de protection de la vie privée des usagers des services de télécommunication, quoique pressantes, vont au-delà du sujet abordé dans le présent article.

⁸³ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), « Déclaration des droits du consommateur », Avis public 2003-6, Ottawa, 13 juin 2003.

⁸⁴ Xavier, *supra* note 52 aux pp. 6-7 et 16-17.

détermination des obligations de service universel qui correspondent le mieux à leur propre situation économique, sociale, politique, culturelle et géographique.

Cette « re-réglementation » des marchés de télécommunication servirait peut-être mieux l'intérêt public dans un régime concurrentiel plutôt que monopolistique. L'ouverture des marchés à la concurrence, accompagnée de règles précises en matière d'obligations de service universel, pourrait sans doute offrir de meilleures garanties de protection de l'intérêt public. Il semblerait effectivement que l'organisme de réglementation n'exerce pas le même contrôle sur les fournisseurs de services de télécommunication dans un régime monopolistique que dans un régime concurrentiel. Ainsi, le fournisseur monopolistique définissait lui-même les exigences précises du service universel, fixait des objectifs spécifiques pour répondre à ces exigences, choisissait les moyens nécessaires à la mise en œuvre de ces exigences et décidait des plans d'action et les délais pour atteindre ces objectifs. Au surplus, dans de nombreux cas, on laissait même aux exploitants en situation d'exclusivité le soin de vérifier eux-mêmes s'ils satisfaisaient à la mission qu'ils estimaient être la leur en matière de service universel. L'OCDE décrit cette situation en ces termes :

Dans ces circonstances, il était évidemment difficile de déterminer si la fourniture du service universel par l'exploitant de télécommunication était conforme aux objectifs et à la politique du gouvernement. En outre, comme les activités de service universel étaient financées par des subventions internes non révélées, le coût de ces activités manquait de transparence. Également à cause de l'absence d'objectifs précis et d'estimations des coûts, il était difficile d'évaluer le rapport coût-efficacité des programmes de service universel. L'imprécision de la définition des obligations de service universel laissait également aux gouvernements une grande latitude pour les modifier ou les réinterpréter, rendant les programmes de service universel vulnérables aux pressions politiques visibles ou occultes, ce qui n'aurait pas été le cas s'ils avaient reposé sur une stratégie claire et durable. Globalement, ces circonstances ont entraîné un manque de transparence et de responsabilité dans la fourniture du service universel, qui a permis à l'exploitant d'utiliser les obligations de service universel qui lui étaient imposées comme une excuse pour ses médiocres performances économiques ou commerciales.⁸⁵

En complément à ce « nouveau modèle international », certains proposent une meilleure cohérence du cadre international actuel. Une alternative, proposée par la Colombie, consiste à simplifier et à améliorer la structure du cadre international actuel en incluant le contenu de cet article 3 du *Document de référence* dans l'*Annexe sur les télécommunications*⁸⁶. Pour sa part, le Mexique a exprimé le souhait d'une prise en charge plus importante sur la scène internationale de l'encadrement des

⁸⁵ *Ibid.* aux pp. 20-21.

⁸⁶ Voir OMC, Conseil du commerce des services, *Communication de la Colombie*, (27 novembre 2001) OMC Doc. S/CSS/W/119 au para. 8. Voir *Annexe sur les télécommunications*, *supra* note 33. Voir aussi *Document de référence*, *supra* note 33.

activités sous-jacentes à la société globale de l'information et des communications. Voici comment il exprime son point de vue :

Les Membres devront établir des principes pour le développement des réseaux Internet au niveau international, principes qui devront être conformes à l'objectif consistant à mettre les technologies de l'information à la portée de tous les pays afin de promouvoir le développement économique. Pour y parvenir en évitant les chevauchements d'activités, les Membres pourront faire front sur les travaux similaires menés dans d'autres enceintes, comme les principes établis dans les 'Arrangements sur les tarifs internationaux des services Internet' adoptés par les Ministres des télécommunications des pays membres du Forum de coopération économique Asie-Pacifique lors de la quatrième réunion ministérielle tenue en mai 2000 (APEC TELMIN4).⁸⁷

L'étape ultime d'un encadrement international consisterait en la mise en œuvre d'un traité international, établi en collaboration avec l'OMC, l'UIT et possiblement d'autres organisations internationales. Dans un contexte de mondialisation et de société globale de l'information et des communications, un tel traité pourrait inclure les éléments suivants : (1) le respect de l'intérêt public global par tous les fournisseurs de services de télécommunication, puis éventuellement de services de l'information et des communications, et (2) l'octroi à un organisme international de véritables pouvoirs en matière de réglementation et de règlement des différends en respect avec les pouvoirs de l'OMC en pareille matière⁸⁸. Reste à voir si la sauvegarde de l'intérêt et du service publics sera réalisable par la protection du service universel ou, dans un contexte de bouleversements des activités de services audiovisuels et informatiques, s'il faudra plutôt envisager des axes de protection différents tels la concurrence mondiale, la diversité culturelle ou même le droit à communiquer.

B. La reconnaissance d'un droit à communiquer

La portée du droit à communiquer a considérablement évolué au fil du temps. À ce sujet, deux époques sont, à notre avis, particulièrement éloquentes. La première se situe au XVI^e siècle dans un contexte où les Espagnols tentaient de justifier leur droit de s'installer dans tous les territoires qu'ils avaient conquis⁸⁹. L'origine du droit à communiquer prend forme dans l'œuvre de Francesco de Vitoria. L'auteur légitime les droits essentiels à la vie internationale en soutenant qu'un « droit naturel de société et de communication » (*jus communicationis*) entraîne la justification du droit d'immigration, du droit à la nationalité, du droit au commerce;

⁸⁷ Voir OMC, Conseil du commerce des services, *Communication du Mexique*, *supra* note 50, au para. 8(v).

⁸⁸ Voir notamment Jakhu, *supra* note 17 à la p. 101.

⁸⁹ Michel Freitag et Éric Pineault, dir., *Le monde enchaîné : perspective sur l'AMI et le capitalisme globalisé*, Québec, Nota Bene, 1999 à la p. 181.

du droit de guerre et du droit à la liberté des mers⁹⁰. De Vitoria décrit la raison d'être du *jus communicationis* comme suit :

À l'origine du monde, seule la communauté parfaite existait et entraînait par voie de conséquence, le régime de la liberté de communication; les hommes depuis, se sont fixés au sol, la propriété est devenue un droit personnel, mais on ne voit pas comment la liberté de communication aurait été enlevée aux hommes par des faits nouveaux. Nier ce droit ce serait condamner l'humanité à la stagnation, ce serait annihiler dans l'homme les éléments de sa nature, en particulier son besoin de sociabilité. Ce n'est pas du tout une action punissable que celle qui consiste à communiquer avec ses semblables.⁹¹

Plus contemporain, le second épisode retenu se déroule en 1963, dans un tout autre contexte. Il s'agit des premières tentatives du pape Jean XXIII de créer un droit à l'information dans l'encyclique *Pacem in terris* de 1963. Dès 1969, Jean d'Arcy défend la thèse d'un « droit de l'homme à communiquer »⁹². Sa portée vacille alors entre la liberté d'expression et un droit à communiquer disparate. Suivant cette seconde option, l'établissement d'un cadre normatif fait rejaillir l'épineuse question d'enchâsser expressément le droit de s'informer, d'apprendre, de communiquer⁹³ – reconnus comme des droits humains fondamentaux – dans les instruments internationaux. Les initiatives en cette matière ont été nombreuses. En 1980, le très controversé rapport MacBride, publié sous l'égide de l'UNESCO, défendait une définition large et englobante du droit à communiquer en ces termes :

Chacun a le droit de communiquer. Les éléments qui composent ce droit fondamental de l'homme comprennent les droits suivants, sans qu'ils soient aucunement limitatifs : (a) le droit d'assemblée, de discussion, de participation et autres droits d'association; (b) le droit de poser des questions, d'être informé, d'informer et autres droits d'information; et (c) le droit à la culture, le droit de choisir, le droit à la vie privée et autres droits relatifs au développement de l'individu. Assurer le droit à communiquer exigerait que les ressources techniques de la communication soient disponibles pour satisfaire les besoins de l'humanité en la matière.⁹⁴

⁹⁰ Jean Baumele, *Les problèmes de la colonisation et de la guerre dans l'œuvre de Francisco de Vitoria*, Paris, Librairie Bloud et Gay, 1936 à la p. 235.

⁹¹ *Ibid.* à la p. 223.

⁹² Jean-Pierre Chamoux, *Droit de la communication*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je?, 1994 à la p. 5.

⁹³ Nous ne reprenons pas ici les nuances que certains auteurs font pour distinguer ces droits. Pour simplifier, nous parlerons de droit à communiquer.

⁹⁴ MacBride, *supra* note 27 à la p. 216. Il est intéressant de savoir que cette commission considérait déjà les TIC (au sens large) et les satellites comme des vecteurs privilégiés de l'information transfrontière requise dans un nouvel ordre mondial de l'information.

Une approche limitative d'un droit d'accès aux équipements et services publics a fait plus facilement unanimité⁹⁵. L'UIT a abondé en ce sens en enchâssant ce droit d'accès aux réseaux et services de télécommunication à l'article 33 de la *Constitution de l'Union internationale des télécommunications* et, à toute occasion, fait la promotion de cette reconnaissance « [du] droit de tous les habitants de la planète à communiquer par le biais de l'accès aux infrastructures et aux services de l'information et de la communication »⁹⁶. Cette position s'inscrit dans le même sens que les travaux du Administrative Committee on Co-ordination (ACC), établis en 1947 par le Conseil économique et social des Nations unies qui a adopté une déclaration en 1997 intitulée « Universal Access to Basic Communication and Information Services »⁹⁷. Ce droit d'accès aux moyens technologiques a des ambitions minimalistes si l'on considère l'absence de moyens de coercition accessibles aux populations en cas de violation et une portée qui n'est pas celle d'un droit à communiquer.

Ces questions pourront peut-être devenir plus importantes, voire urgentes, dans un contexte concurrentiel. L'urgence d'une telle reconnaissance d'un droit à communiquer ne se posait pas réellement dans un régime monopolistique, car le cadre réglementaire en place assurait à tous l'accès à un service de télécommunication, soit à des tarifs imposés en conformité à une grille tarifaire et des revenus garantis en fonction d'un taux de rendement. L'implantation de la concurrence dans l'industrie des télécommunications pourrait relancer cette question de la reconnaissance d'un droit à communiquer plus inclusif, ou du moins, renforcer la position en faveur d'une telle reconnaissance.

Du point de vue juridique, deux approches proposent une reconnaissance d'un tel droit à communiquer soit, d'une part, la reconnaissance expresse d'un tel droit dans un instrument juridique et, d'autre part, la reconnaissance implicite de ce droit rattaché à d'autres droits économiques, sociaux et culturels. D'abord, l'article 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁹⁸ énonce que « [t]out individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être

⁹⁵ Nicholas Garnham, *Le service universel et la restructuration des tarifs dans les télécommunications*, Politiques d'information, d'informatique et de communications, n°23, Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, 1991 à la p. 24.

⁹⁶ *Constitution de l'Union internationale des télécommunications*, signée le 22 décembre 1992 à Genève et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1994, amendée par les conférences de plénipotentiaires (Kyoto, 1994 et Minneapolis, 1998). Voir UIT, *Projet de déclaration de principe fondé sur les débats du groupe de travail du sous-comité 2*, Document DT-2 révisé, (21 mars 2003) UIT Doc. WSIS/PCIP/DT/1-F au para. 6. Voir aussi NU, *Summary of Conclusions of the Administrative Committee on Coordination at its Second Regular Session of 1997*, Doc. ACC/97/20, 17 décembre 1997 à la p. 13, en ligne : NU : <<http://ceb.unsystem.org/documents/summary.conclusions/9801921e.pdf>>.

⁹⁷ Voir NU, *Proposal to establish an ACC Inter-Agency Project on Universal Access to Basic Communication and Information Services*, en ligne: UIT <<http://www.itu.int/acc/rtc/acctor1.htm>>. Voir aussi NU, *ACC Statement to the Economic and Social Council on Information and Communication Technologies (ICT) and Development*, 24 mai 2000, en ligne : United Nations System Chief Executives Board for Coordination <<http://acc.unsystem.org/-documents/joint.statements/acc-ict.pdf>>.

⁹⁸ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. off. AG NU 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948).

inquiétude pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». Cet article peut être interprété comme reconnaissant les droits fondamentaux de la personne humaine à la liberté d'expression et à la liberté de la presse, ainsi qu'au droit d'accéder aux informations, de les créer et de les diffuser, en l'absence de toute censure⁹⁹. La *Déclaration* peut constituer un outil important pour les défenseurs du droit à la communication, notamment par le caractère contraignant que la coutume lui consacre.

En deuxième lieu, le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* peut assurer implicitement le droit d'accès à Internet (et aux services et infrastructures sous-jacents) pour protéger le droit à l'éducation, le droit au travail et le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications¹⁰⁰. Prenons l'exemple du droit à l'éducation. Dans le projet de plan d'action de Dakar, plusieurs États ont convenu que les TIC doivent être utilisées pour satisfaire les besoins de base en apprentissage dans les endroits où elles sont pratiquement et culturellement acceptables¹⁰¹.

Il est possible que la reconnaissance de ce droit à communiquer puisse gagner en popularité, non seulement par l'ouverture des marchés à la concurrence, mais également par l'augmentation de la nécessité de l'Internet et des nouveaux médias pour tous les secteurs de la société¹⁰². Cette conjoncture pourrait favoriser l'adoption d'un traité international qui inclurait à la fois une protection d'un service universel pour les services de l'information et des communications et un droit à communiquer dont les paramètres dépasseraient la liberté d'expression et d'opinion.

* * *

Le présent article a permis de démontrer que les mesures de sauvegarde de l'intérêt public et du service public sont plutôt absentes du cadre juridique international. Le *Document de référence* énonce des conditions réglementaires qui doivent être appliquées pour qu'un marché national des télécommunications soit conforme aux principes de l'OMC. Les principes réglementaires internationaux donnent le droit – mais pas l'obligation – aux États membres de l'OMC qui ont adopté le *Document de référence* de définir le type d'obligation en matière de service universel qu'ils souhaitent maintenir, à condition que l'administration de telles obligations réponde à certains critères minima. La dissociation des intérêts

⁹⁹ Dans la même logique, voir l'art. 33 de la *Constitution de l'Union internationale des télécommunications*, *supra* note 96.

¹⁰⁰ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, arts. 6, 13, 15.

¹⁰¹ UNESCO, *Draft Dakar Framework for action, [Preliminary discussion document for country / regional review]*, *Education for all: Meeting our commitments*, (5 novembre 1999) à la p. 12, en ligne: UNESCO <<http://www.unesco.org/ext/field/carneid/dakar-doc.pdf>>.

¹⁰² Intven, *supra* note 18 à la p. 6-3.

économiques et sociaux met en lumière une approche orientée vers les fournisseurs de services de télécommunication plutôt que les usagers où l'intérêt public est protégé en priorité par la réalisation d'intérêts économiques.

Dans un courant anticipé de « déréglementation », la concurrence dans les marchés de télécommunication assujettissait l'industrie des télécommunications exclusivement à la loi de l'offre et la demande. Pourtant, en réalité, la tension entre les objectifs d'universalité et les intérêts commerciaux a été mise en évidence, sollicitant l'intervention étatique au niveau national pour définir et administrer le service universel. Par contre, ce droit national de définir le service universel peut être compromis par un cadre international trop imprécis et vague. Sans un exercice consensuel, la réforme résultera peut-être de l'option *a posteriori* plus rigide du règlement des différends.

Une réforme pourrait émerger des renégociations multilatérales en matière de services de l'OMC ou au sein d'un autre forum international dans le cas où l'on déciderait de lui transférer des compétences en matière de protection de l'intérêt public. Il ne s'agit pas d'une tâche simple puisque cette réforme se situera au carrefour du principe immuable de la souveraineté étatique et de l'harmonisation des balises au niveau international pour supporter l'épanouissement de la société globale de l'information et des communications. En affichant une présence de plus en plus marquée dans le paysage des communications, les innovations technologiques, comme la téléphonie par Internet, offrent un défi aux États car elles proposent à la fois une solution technique pour lutter contre l'exclusion et elles deviennent un cas d'étude de l'asymétrie des régulations entre les différentes technologies dans les situations où les organismes de réglementation créent des distinctions de traitement, notamment au niveau du mécanisme de financement du service universel¹⁰³. Considérant la globalité des services de l'information et des communications, les mesures prises pourraient s'inscrire dans un cadre plus large qui garantit la protection des biens communs nécessaires à la fourniture de tels services.

Cette démarche déjà enclenchée pourrait peut-être même s'étendre au contenu véhiculé via l'infrastructure. La diversité culturelle a su se tailler une place enviable dans l'agenda de la communauté mondiale et ses percées offrent des perspectives prometteuses de protection de la culture. Dans une démarche commune ou de façon autonome, le droit à communiquer doit se retrouver au centre des débats actuels dans un contexte de libéralisation des services de télécommunication, audiovisuels et informatiques ainsi que dans un contexte d'épanouissement de la société globale de l'information et des communications.

¹⁰³ Tout récemment, au Canada, l'organisme de réglementation a décidé d'agir en cette matière. Voir CRTC, « Cadre de réglementation régissant les services de communication vocale sur protocole Internet », Avis public 2004-2, Ottawa, 7 avril 2004.