



HAL
open science

La concurrence sur le marché des télécommunications au Costa Rica : le défi de l'ouverture sur la base de l'expérience française

Sergio David Solano Ortiz

► To cite this version:

Sergio David Solano Ortiz. La concurrence sur le marché des télécommunications au Costa Rica : le défi de l'ouverture sur la base de l'expérience française. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Universidad autónoma de Centro América, 2013. Français. NNT : 2013PA010337 . tel-01534164

HAL Id: tel-01534164

<https://theses.hal.science/tel-01534164v1>

Submitted on 7 Jun 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON - SORBONNE

SERGIO DAVID SOLANO ORTIZ

**LA CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DES TELECOMMUNICATIONS AU
COSTA RICA : LE DÉFI DE L'OUVERTURE SUR LA BASE DE
L'EXPERIENCE FRANÇAISE**

**DIRECTEUR DE RECHERCHE
PROFESSEUR GILBERT PARLEANI**

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	5
<u>PREMIÈRE PARTIE. LA CONCURRENCE : LE PRINCIPE DE BASE POUR LE</u>	
PROCESSUS D’OUVERTURE DU MARCHÉ DES TELECOMMUNICATIONS	15
TITRE I. LA PROMOTION ET LE CONTROLE DE LA CONCURRENCE :	
ANALYSE COMPAREE DE L’EVOLUTION NORMATIVE AU COSTA RICA	
ET EN FRANCE.....	18
CHAPITRE 1. La mise en jeu de l’économie de marché et le droit de la	
concurrence : Une évolution semblable mais tardive dans le cas du Costa	
Rica.....	20
Section 1. L’analyse comparative des institutions et missions de contrôle	
de la concurrence	24
Section 2. La définition des pratiques anticoncurrentielles	33
CHAPITRE 2.- Les limites du droit général de la concurrence à l’origine	
de la naissance d’un régime sectoriel de la concurrence	45
Section 1.- Les limitations institutionnelles et normatives à l’origine	
d’une expérience encore décevante	48
Section 2.- Une autorité nationale de concurrence dépourvue de	
pouvoirs préventifs et dissuasifs	61
TITRE 2. LE PROCESSUS D’OUVERTURE DU MARCHÉ : LA	
TRANSFORMATION DU SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS	78
CHAPITRE 1.- Du monopole à la concurrence : vers l’ouverture d’un	
secteur emblématique	81
Section 1.- La réussite historique du monopole de l’ICE	82
Section 2.- Le processus de redéfinition du cadre juridique du secteur	
des télécommunications à partir de l’affaiblissement du monopole	91

CHAPITRE 2. / Le nouveau cadre juridique des télécommunications au Costa Rica	102
Section 1.- Une nouvelle définition des compétences dans le secteur des télécommunications : la loi 8660.....	104
Section 2.- Le nouveau modèle de régulation résultant de la Loi Générale des Télécommunications	114

DEUXIÈME PARTIE. LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA CRÉATION D’UN RÉGIME SECTORIEL DE CONCURRENCE : LES RISQUES DU MODÈLE

COSTARICIEN.....	128
-------------------------	------------

TITRE 1. / LE RÉGIME SECTORIEL – UNE RÉPONSE EFFICACE À LA CONCURRENCE DANS LE MARCHÉ DES TÉLÉCOMMUNICATIONS ? 134

CHAPITRE 1.- Les particularités du régime sectoriel de concurrence vis-à-vis du droit interne de concurrence	138
---	------------

Section 1.- L’ <i>autorisation préalable en matière des concentrations</i>	141
Section 2.- Des sanctions plus conformes à la réalité du marché	147

CHAPITRE 2.- La nécessité impérieuse d’une coordination interinstitutionnelle.....	154
---	------------

Section 1.- Les modalités d’intervention articulées de l’ <i>autorité de régulation et de l’<i>autorité de la concurrence</i></i>	156
Section 2.- La coordination lors de la définition des mécanismes d’ <i>adjudication des licences pour l’<i>exploitation du spectre radioélectrique : le Beauty Contest face à l’<i>enchère</i></i></i>	159
Section 3.- L’ <i>intérêt du rapport de la COPROCOM lors de la procédure en matière des pratiques anticoncurrentielles et d’<i>analyse préliminaire des concentrations</i></i>	166

TITRE 2. / LES PREMIÈRES EXPÉRIENCES RÉGULATRICES SIGNALENT L’URGENCE D’UNE RÉVISION INTÉGRALE DU RÉGIME SECTORIEL DE CONCURRENCE.....	170
---	------------

CHAPITRE 1.- L’analyse croisée des réglementations spécifiques et des
--

comportements anticoncurrentiels sur le marché des télécommunications.	172
Section 1.- La régulation asymétrique : le contrôle de l'opérateur historique	175
Section 2.- L'accès aux installations essentielles et les barrières d'accès au marché	191
CHAPITRE 2.- Le contrôle des pratiques régionales par des opérateurs multinationaux	199
Section 1.- La présence des opérateurs multinationaux sur les marchés régionaux suggère un contrôle régional de la concurrence	202
Section 2.- L'AACUE ¹ pose la question de la création d'une autorité régionale comparable à la Commission Européenne.....	207
CONCLUSION.....	222
RECOMMANDATIONS.....	230

¹ AACUE : Accord d'Association entre l'Amérique Centrale et L'Union Européenne

INTRODUCTION

Au début du XXI^e siècle, l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications, notamment de la téléphonie publique, s'est généralisée au niveau mondial². Après avoir pris naissance dans les années 1980 aux Etats-Unis, avec un écho immédiat en Grande-Bretagne, ainsi que dans d'autres pays européens dont La France, le phénomène s'est étendu d'abord aux pays les plus industrialisés, et a gagné ensuite les autres régions du monde telles que l'Amérique Latine. Le processus de libéralisation trouve son origine en 1984 aux Etats-Unis. Ce pays a vécu son expérience de démonopolisation en deux temps. *En 1984, le « Modified final judgement » permet la concurrence sur le trafic longue distance*³. *En février 1996, une nouvelle étape est franchie avec le « Telecommunications Act »*⁴ qui ouvre le marché local à la concurrence, en imposant aux compagnies régionales qui étaient en position de force sur leurs marchés locaux, des obligations d'interconnexion et de partage des infrastructures, afin que la concurrence soit équilibrée pour les nouveaux entrants. Cette norme a ainsi permis de « décloisonner » le marché des télécommunications, qu'il s'agisse de la téléphonie longue distance ou locale, ou des services proposés sur les réseaux câblés, et de les ouvrir à la concurrence, sous le contrôle de la FCC (*Federal Commission of Communication*), agence indépendante chargée de l'application de la législation en matière d'audiovisuel et de télécommunications.

Suivant l'exemple de l'expérience américaine, de nombreux pays industrialisés ont commencé à instaurer la concurrence sur leur marché intérieur. En Grande-Bretagne, pays de l'Union Européenne où le processus a été engagé dès le début des années 1980, le changement s'est opéré

² Jusqu'en 1984, les télécommunications étaient partout organisées sous forme de monopoles nationaux détenus par un seul opérateur, dans la plupart des cas, de caractère public.

³ A ce moment, le « *Bell system* » a été démantelé en huit entités : sept compagnies régionales et AT&T. Le territoire américain est découpé en 170 zones. Les compagnies régionales bénéficient d'un quasi-monopole sur le trafic interne à leurs zones. Le trafic longue distance est quant à lui ouvert à la concurrence, permettant à Sprint, MCI et d'autres de concurrencer AT&T, même si les compagnies régionales n'y ont pas accès.

⁴ Le « *Telecommunications Act* » fut une réforme importante votée par une large majorité au Congrès le premier février 1996 et signée par le Président Clinton le 8 février 1996. Il a eu pour objet de lever les barrières à l'entrée instituées en 1984 pour le trafic local. La nouvelle législation américaine a aussi permis aux câblo-opérateurs et aux compagnies de distribution de gaz et d'électricité d'intervenir dans le marché des télécommunications qui leur était fermé par les lois précédentes. En outre, la loi a défini les « **principes du service universel** » pour sauvegarder les intérêts des plus démunis, même si le texte ne précise pas les conséquences financières de cette définition.

en trois temps sur plus d'une dizaine d'années⁵. A l'intérieur de l'Union Européenne, la libéralisation du secteur des télécommunications s'est effectuée progressivement dans les années 1990, jusqu'à l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie fixe en 1998. Les pays membres de l'Union Européenne sont tenus par les échéances prévues par les directives communautaires. Toutefois, certains partenaires bénéficient d'un délai d'ajustement⁶. La téléphonie mobile constitue un cas à part, dans la mesure où la concurrence y a souvent été introduite plus tôt, en particulier dans les pays où le faible développement du marché rendait la démarche opportune et relativement facile à mettre en œuvre. En Europe, par exemple, l'explosion du marché des mobiles, liée au déploiement à partir de 1992 du système de téléphonie cellulaire numérique G.S.M. (Groupe spécial mobile, rebaptisé *Global System for Mobile Communications*), s'est produite dans un contexte concurrentiel qui avait souvent été mis en place plusieurs années auparavant pour la téléphonie mobile analogique (par exemple, en 1987 en France).

L'ouverture à la concurrence est un mouvement qui, au-delà de l'Europe et des États-Unis, se manifeste à l'échelle mondiale. La même évolution vers la concurrence se retrouve en Nouvelle Zélande, en Australie, dans les pays issus de l'Union Soviétique dans la plupart des pays d'Amérique Latine et en Asie. L'évolution dans ces pays a donc été largement parallèle à celle des principaux pays industrialisés⁷. Le secteur tel quel a subi une transition à travers le monde, passant d'une

⁵ En 1982, Mercury, filiale de *Cable and Wireless*, a été autorisée à créer un réseau téléphonique public distinct de celui de l'opérateur historique British Telecom (BT). En 1984, le « *Telecommunication Act* » britannique a privatisé British Telecom à raison de 50,2 %. Parallèlement, il a autorisé l'interconnexion du réseau de British Telecom avec celui de Mercury. Il a accordé, en outre, aux deux opérateurs l'exclusivité des licences d'exploitation de ce réseau filaire, jusqu'en 1990. Enfin, il a délivré des licences d'exploitation des réseaux publics de radiotéléphonie cellulaire à deux sociétés (Racal Vodaphone et Cellnet, filiale de BT), tout en créant l'OFTTEL (Office des télécommunications), organisme gouvernemental indépendant chargé de réguler les activités de télécommunications. En 1991, le monopole BT/Mercury sur le réseau commuté a été supprimé. Le Gouvernement a permis à d'autres sociétés d'obtenir des licences d'établissement et d'exploitation, tandis que BT devait ouvrir son réseau à tout prestataire de services. Les câblo-opérateurs, tout comme les sociétés de téléphonie sans fil, pouvaient désormais offrir n'importe quel service en empruntant le réseau commuté, y compris le téléphone de base. Entre 1993 et 1994, de nouvelles licences de « *public telecommunication operators* » permettant d'offrir des services au public ont été accordées à de nouvelles sociétés, tandis que les câblo-opérateurs ont commencé à livrer une concurrence sévère à BT sur les communications locales. Projet de loi de réglementation des télécommunications : exposé général et examen des articles. 1996. Sous <http://www.senat.fr/rap/195-389-1/195-389-11.html>

⁶ C'est le cas de l'Espagne, l'Irlande, la Grèce et le Portugal qui disposent de cinq ans supplémentaires pour l'ouverture à la concurrence du service téléphonique au public qui a été imposée aux autres partenaires dès le premier janvier 1998. Certains pays européens étaient déjà engagés plus avant dans la voie de la « démonopolisation » comme la Suède par exemple.

⁷ Projet de loi de réglementation des télécommunications : exposé général et examen des articles. 1996. Sous <http://www.senat.fr/rap/195-389-1/195-389-11.html>

structure monopolistique et publique de prestation de services à une organisation concurrentielle de cette industrie. Une telle transition est en cours au Costa Rica, seul pays d'Amérique Latine (tout comme l'Uruguay quelques années auparavant), où les télécommunications fonctionnaient encore sur un modèle monopolistique.

La rupture de la structure monopolistique et les processus de libéralisation des réseaux et des services de télécommunications, sont devenus une réponse nécessaire à la nouvelle réalité du secteur. Tout d'abord, les progrès technologiques enregistrés dans le domaine des télécommunications rendent les protections monopolistiques obsolètes. Des pratiques telles que le « call back »⁸ ou tout simplement l'utilisation de la téléphonie à travers l'internet permettent aux usagers d'accéder à des services de téléphonie à des coûts considérablement plus réduits que ceux d'un opérateur conventionnel. Le secteur des télécommunications s'est transformé à partir du développement de l'Internet et de la possibilité d'offrir plusieurs services en convergence (voix, vidéo et données) sur un seul réseau. Par ailleurs, les communications satellitaires, la numérisation, l'essor des réseaux hertziens terrestres, la nouvelle concurrence sur les réseaux filaires et les moyens de contournement du monopole sont en augmentation continue. Depuis quelques années, il est évident qu'un opérateur public monopolistique serait vite contourné et aurait bien peu de chances de résister à « l'offensive » des nouvelles technologies. Le progrès technologique a donc permis de dépasser les barrières structurelles qui servaient à justifier le monopole, lui-même autorisé par le fait des structures des coûts et les investissements importants sur les réseaux nécessaires à l'opération des télécommunications. Cependant, l'innovation et le progrès ont permis la participation de nouveaux acteurs et investisseurs.

En définitive, le début du XXI^e siècle marque un moment historique pour la consolidation de la révolution technologique en conduisant les Etats à accorder la priorité au développement de la société de l'information. La croissance du secteur des télécommunications est étroitement liée au

⁸ Le « *call back* » consiste à appeler, depuis une ligne téléphonique déclarée, un ordinateur à l'étranger. On laisse retentir la sonnerie et on raccroche, sans avoir établi la communication. L'ordinateur forme alors automatiquement le numéro de téléphone correspondant à la ligne déclarée et la connecte à une centrale téléphonique. On décroche alors son téléphone et on forme le numéro que l'on désire obtenir dans un pays étranger. La communication est ensuite obtenue, dans des conditions habituelles, à la différence que la facturation n'est pas établie par l'opérateur mais, à des coûts bien moindres, par la compagnie étrangère qui a acheminé l'appel. Les prestataires de « *call back* » sont installés dans des pays où la concurrence a déjà fait baisser les prix, ce qui réduit le coût de la communication par rapport à l'offre de l'opérateur en monopole. Ainsi, l'appel n'est pas considéré comme un appel international mais comme un appel intérieur au pays dont les services sont libéralisés.

taux de croissance d'une économie. Son poids sur l'économie dépasse celui de la plupart des industries traditionnelles. Par conséquent, le développement de la société de l'information⁹ devient une priorité pour chaque nation. La mise à disposition des technologies de l'information et de la communication (TIC's) constitue aujourd'hui un objectif des politiques sociales et économiques des pays, tant industriels que ceux en voie de développement. Le bilan des procès d'ouverture à l'étranger montre que la concurrence est un facteur de croissance du marché : dans les marchés déjà ouverts depuis des années, les consommateurs bénéficient de baisses de tarifs, d'une offre de services de plus en plus innovante et d'une évidente augmentation du taux de pénétration des services mobiles et de l'internet. La croissance attendue du chiffre d'affaires du secteur des télécommunications devrait entraîner un effort d'investissement accru de la part des opérateurs - effort vertueux pour la croissance et l'emploi - grâce aux effets d'accélération et de multiplication induits par un investissement supplémentaire.

En France, l'exemple du secteur des télécommunications mobiles, ouvert à la concurrence, confirme que la « démonopolisation » permet une hausse des investissements réalisés. Il suffit de se rappeler des investissements des entreprises SFR, Bouygues et encore France Télécom sur le marché mobile lors de la discussion par rapport à la rupture du monopole public des télécommunications en France en 1996. Comme le soulignait la commission du Sénat chargée du projet d'ouverture en France il y a plus de dix ans, dans « *L'avenir de France Télécom : un défi national* », le monopole ne favorise pas la diffusion du progrès technique dans un environnement technologique en évolution rapide. Le rapport relevait l'exemple de la téléphonie mobile et faisait une comparaison avec la Suède, pays beaucoup plus avancé il y a quelques années par rapport à la France en matière de services de téléphonie mobile. Précisément, La France a vécu une énorme accélération de son taux de pénétration des services mobiles particulièrement lors de l'entrée sur le marché de Bouygues Télécom, troisième opérateur, qui a provoqué un sursaut des deux opérateurs en place.

⁹ La Société de l'information a été définie par les organismes internationaux de la manière suivante : « *la Société de l'information est centrée sur la personne, elle est intégrante et orientée sur le développement; en son sein, tous peuvent créer, consulter, utiliser et échanger de l'information et de l'apprentissage, afin que les personnes, les communautés et les peuples puissent employer pleinement leurs potentiels en vue de la promotion de leur propre développement durable et de l'amélioration de leur qualité de vie, sur base des principes de la Charte des Nations Unies, tout en respectant et défendant la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* ». Source: *Cumbre Mundial de la Sociedad de a Información. Declaración de Principios. Ginebra, Suiza. Diciembre 2003*. Sur: http://www.itu.int/wsis/documents/doc_muti.asp?lang=en&id=11611160.

Dans le cas du Costa Rica, d'après le Plan National de Développement des Télécommunications¹⁰ publié en avril 2009, le pays devrait rattraper en cinq (5) ans le retard accumulé ces dernières années, particulièrement dans le domaine de la pénétration des services mobiles et de l'accès à l'internet de haut débit. Au niveau de l'emploi, les attentes du processus de libéralisation du marché sont très positives. Des emplois supplémentaires devraient être créés surtout grâce à la participation de nouveaux acteurs sur le marché. En septembre 2013, il y avait cent dix-neuf entreprises habilitées pour opérer sur le marché local¹¹. Parmi elles, des câblo-opérateurs, des petites et moyennes entreprises qui vont donner leur soutien aux grands opérateurs du secteur, et on s'attend encore à l'entrée des géants de la téléphonie mobile¹². On peut donc raisonnablement espérer, que l'impact de l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications sur l'économie costaricienne sera très positif. Dans le domaine spécifique du secteur des télécommunications, l'innovation et l'introduction de nouvelles technologies ainsi qu'une concurrence sur les prix et la qualité des services entraînent une vive concurrence qui va profiter tant au consommateur (usager des services) qu'aux entreprises, tout en permettant au pays de devenir de plus en plus compétitif et attrayant pour de nouveaux investisseurs.

La libéralisation du secteur représente donc une opportunité économique et une énorme perspective de croissance, comme l'a déjà montré l'expérience de nombreux pays, avec pour corollaire, un effet direct sur l'investissement et l'emploi d'une nation. Le marché des télécommunications est donc un secteur qui peut favorablement influencer les économies nationales. La libéralisation et la participation des différents acteurs favorisent d'une part, la création d'emplois, de façon directe et indirecte, et d'autre part, la compétitivité du secteur commercial et productif du pays. La productivité et la compétitivité du pays sont de plus en plus sensibles face au modèle de développement sur lequel le Costa Rica a parié depuis le milieu des années 90. Avec des marchés proches de la saturation dans les pays développés, les grandes entreprises mondiales se tournent vers les investissements à l'étranger. L'Amérique Latine est

¹⁰ *Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. San José, Costa Rica. Abril 2009.*

¹¹ Sur base de l'information du site officiel de l'Autorité de régulation Sutel : <http://www.sutel.go.cr/Ver/Contenido/lista-de-operadores-autorizados/72>

¹² Parmi les entreprises qui ont manifesté leur intérêt dans le marché costaricien figurent l'espagnole *Telefonica*, la mexicaine *América Movil* (Groupe Telmex), l'entreprise *Digicel* (de capital caribéen), la britannique *Cable & Wireless* et encore la nordique *Millicom*, qui ont tous déjà des opérations en Amérique Latine.

devenue une région stratégique, même si l'Asie (en particulier la Chine et l'Inde) constitue le marché potentiel le plus attrayant par sa taille.

Des entreprises de différents secteurs sont attirées par le marché latino-américain. Le Costa Rica en particulier vise depuis une quinzaine d'années à favoriser l'apport d'investissements étrangers. Une économie dynamique et surtout une forte stabilité politique font que des entreprises internationales s'installent sur le territoire costaricien, où elles peuvent devenir plus compétitives¹³. Des géants de la technologie, de la distribution et de la grande consommation sont déjà sur place depuis quelques années. C'est le cas de très grandes entreprises du secteur technologique, telles que *Intel*, *Microsoft*, *IBM*, *Oracle*, *Hewlett Packard*, *Amazon* ou encore *Panasonic*; du secteur pharmaceutique, comme *Baxter Inc.* ou *Glaxo Smith Kline*; du secteur industriel, comme le groupe *Bridgestone-Firestone*, ou encore du domaine de la grande distribution, à travers *Wal Mart* et *Procter & Gamble*. D'après l'Organisation Mondiale du Commerce, le Costa Rica était en 2008 le 13ème pays exportateur dans le secteur de l'informatique et de l'information¹⁴. Un pays comme le Costa Rica, aussi proche du marché américain, qui offre des conditions avantageuses de production et une économie de plus en plus orientée vers le commerce international, pourrait attirer de grandes entreprises régionales et mondiales, en particulier des géants du secteur des télécommunications. En outre, le développement de l'accès à de nouveaux services technologiques ainsi qu'une offre de services de meilleure qualité permettront sans aucun doute d'attirer encore des entreprises étrangères.

Néanmoins, face à la forte présence d'entreprises multinationales sur le marché latino-américain, l'absence de mécanismes de contrôle quant aux stratégies anticoncurrentielles au niveau régional représente un enjeu important. Des opérateurs régionaux profitent des conditions d'un marché particulier pour pratiquer certains prix ou stratégies commerciales sur un autre marché local, ce qui fausse la concurrence sur les marchés nationaux. Pour l'instant, la coopération au niveau gouvernemental est insuffisante et, bien évidemment, les moyens régionaux pour s'attaquer à ce

¹³ Selon le *World Economic Forum*, le Costa Rica était en 2006 le troisième pays le plus compétitif d'Amérique latine juste après le Chili et Le Brésil (*World Economic Forum's Networked Readiness 2006-2007*). De même, le Rapport de Développement Humain des Nations Unies en 2006 situait le Costa Rica en cinquième place des pays exportateurs dans le secteur de la Haute Technologie, et en troisième place mondiale, derrière la Chine et l'Inde dans le *Global Outsourcing Report* en 2005.

¹⁴ Sur le site de L'OMC. Statistique de Commerce International pour l'année 2008.

risque sont encore insignifiants. Ceci semble être un sujet prioritaire pour les négociations de l'Accord de Coopération en cours entre l'Union Européenne et l'Amérique Centrale. Cependant, il faudra d'abord penser à développer le droit interne de la concurrence au niveau national pour aboutir à l'élaboration d'un système de coopération ou d'une autorité de concurrence régionale, selon le modèle de la Commission Européenne.

Relancer la concurrence sur le marché interne au Costa Rica afin de rendre le marché plus transparent et d'obtenir l'abaissement des prix à la consommation, était l'un des principaux objectifs de la Loi numéro 7472 de décembre 1994, dite Loi de Promotion de la Concurrence et Défense Effective du Consommateur. Ainsi a été créée l'autorité nationale de concurrence, nommée Commission pour la Promotion de la Concurrence (COPROCOM), homologue de l'Autorité de la Concurrence en France. Cependant, cette loi est encore insuffisante pour un contrôle efficace de la concurrence en raison d'une série d'aspects limitatifs liés à l'efficacité de son application. Entre autres limitations, la COPROCOM ne peut intervenir dans des thèmes qui concernent les monopoles publics, dont les télécommunications. Cependant, l'ouverture progressive du secteur des télécommunications a démarré. Deux lois ont été promulguées. En premier lieu, la « *Ley General de Telecomunicaciones* » du 30 juin 2008, qui établit le modèle de régulation, de promotion et de contrôle de la concurrence sur le marché. Ensuite, la loi, appelée « *Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del sector Telecomunicaciones* » d'août 2008, qui envisage la modernisation du secteur (l'opérateur public y compris) et crée l'autorité sectorielle de régulation, la *Superintendencia de Telecomunicaciones, SUTEL*.

Toutefois, il faut tenir compte qu'au Costa Rica, le processus de libéralisation du secteur des télécommunications n'a pas été facile. L'ouverture du secteur a provoqué une série de protestations en provenance de différents milieux de la société civile. Depuis quelques années, les gouvernements successifs ont cherché à libéraliser (voire privatiser) le marché à travers différentes propositions de loi. Néanmoins, ces efforts n'ont pas abouti. La réussite du modèle monopolistique est à l'origine d'une identification nationale avec l'entreprise publique et le modèle de développement solidaire du secteur des télécommunications. Il y a quelques années, le pays paraît encore sur le maintien de ce modèle, avec pour seule priorité la modernisation de

l'opérateur public, l'*Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*. Le modèle d'exploitation des télécommunications du pays a été reconnu au niveau international grâce aux taux élevés de pénétration et à ses bas tarifs de téléphonie (fixe et mobile). Ce modèle a été un exemple pour la région et a attiré l'attention sur le fait que cette réussite est inhabituelle pour un pays en développement. Toutefois, ces dix dernières années, l'entreprise publique a dû faire face à différentes contraintes. Plusieurs contrôles introduits par des lois et règlements ont limité la performance de l'entreprise, le secteur a commencé à subir un retard dans l'introduction des nouvelles technologies et la qualité des services s'est détériorée, situation fortement ressentie par les usagers des services.

L'ouverture à la concurrence est probablement la réponse pour rattraper le retard. Cependant, la libéralisation du marché a suscité la crainte des défenseurs du modèle de solidarité et d'accès universel développé à travers le monopole de l'ICE. L'accès au service universel et le développement d'un environnement concurrentiel effectif sont essentiels lors du processus d'ouverture et de la configuration du cadre normatif. L'ouverture vers de nouveaux marchés, jointe aux limitations du droit national de la concurrence aboutissent à la nécessité pour le pays de renforcer ses mécanismes de promotion et de contrôle de la concurrence sur le marché interne. Le Traité de Libre-échange avec la République Dominicaine, l'Amérique Centrale et les Etats-Unis, RD-CAFTA (*Central America Free Trade Agreement*), approuvé en 2008 à la suite d'un référendum populaire en octobre 2007, a été l'accélérateur d'une réforme de plus en plus urgente. Cependant, les nouvelles lois¹⁵ introduisent une réforme du droit de la concurrence malheureusement applicable qu'au seul secteur des télécommunications. Le droit économique général repose encore sur les mêmes bases de la loi de 1994, c'est-à-dire, sur un système légal relativement récent mais qui est devenu très rapidement inefficace.

Désormais, le Costa Rica comptera sur un droit général de la concurrence et un régime de concurrence d'application sectorielle pour les télécommunications. Le législateur a décidé de développer un régime sectoriel de concurrence avec des mécanismes innovants pour sa mise en place, ainsi que des moyens énergiques d'intervention, de contrôle et de promotion de la

¹⁵ Loi Générale de Télécommunications, N° 8642 et Loi pour la modernisation des entités publiques du secteur de télécommunications, N° 8660.

concurrence sectorielle, mais ce régime comporte toujours des lacunes critiquables. Au vu de l'expérience française, de nombreux efforts sont encore nécessaires pour aboutir à une législation qui est aujourd'hui encore loin d'être en pleine maturité. La nouvelle autorité de régulation des télécommunications (SUTEL), sera responsable du contrôle de la concurrence dans le secteur au détriment des compétences générales de la COPROCOM.

La libéralisation imminente du marché des télécommunications provoquera des transformations structurelles. On peut légitimement se demander si le régulateur et les nouveaux mécanismes de contrôle de la concurrence sectorielle seront capables de favoriser et d'assurer la mise en place d'un environnement concurrentiel. Une concurrence vive devrait faciliter la mise en place d'un marché plus dynamique, et développer des services moins onéreux et de meilleure qualité. Malgré cela, sur la base d'un tout jeune droit interne de la concurrence, on se demande si la législation et le schéma organisationnel proposés seront suffisants et adéquats pour garantir l'environnement concurrentiel et, par la même occasion, le bon fonctionnement du marché. Il semble que le Costa Rica vient de tourner une page dans son histoire, et cherche actuellement à mettre en place un processus de libéralisation très similaire à celui vécu par la France il y a plusieurs années. L'expérience française peut énormément contribuer à détecter les priorités du modèle de régulation et les erreurs à ne pas répéter, afin d'obtenir au plus vite les avantages d'un marché concurrentiel dans le secteur des télécommunications, lors de l'ouverture de ce dernier au Costa Rica. Reste à savoir si le Costa Rica pourra, sur la base de la norme promulguée et de l'expérience française, surmonter les barrières à l'imposition effective d'un environnement concurrentiel.

La présente étude a pour objet d'analyser les atouts et les inconvénients des mécanismes de contrôle de la concurrence existant au Costa Rica, en faisant le point dans le secteur des télécommunications et en comparant avec les expériences françaises en la matière. De l'analyse comparée entre l'expérience française et le cas du Costa Rica, il ressort un très grand parallélisme en dépit d'un retard notable dans le cas du Costa Rica. Afin de comprendre les enjeux du processus de libéralisation subis par le Costa Rica, nous traiterons d'abord l'évolution des systèmes de contrôle de la concurrence, comme principe de base du processus de libéralisation du secteur des télécommunications (**I^{ère} Partie**), et dans un deuxième temps, on traitera les défis par

rapport à la création d'un régime sectoriel de contrôle de la concurrence et les risques du modèle mis en place par le Costa Rica (**II^{ème} Partie**).

PREMIÈRE PARTIE / LA CONCURRENCE : LE PRINCIPE DE BASE POUR LE PROCESSUS D'OUVERTURE DU MARCHÉ DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Afin de comprendre les particularités du processus de libéralisation du secteur des télécommunications au Costa Rica, qui expliquent la définition du modèle de régulation et de contrôle de la concurrence choisi par le législateur, il faut d'abord faire référence au succès du modèle social de développement sur lequel a reposé la politique publique pendant la deuxième moitié du XXe siècle dans ce pays. A cet effet, les indices socio-économiques et la stabilité politique du pays ont bénéficié de la reconnaissance de la communauté internationale¹⁶. La Banque Mondiale classe le Costa Rica parmi les économies ayant des revenus « moyens – hauts ». D'après l'indice de développement humain des Nations Unies, le Costa Rica appartient à la catégorie de développement élevé, en 54^{ème} position sur un total de 182 pays, et parmi les premiers dans la région latino-américaine.¹⁷

Bien évidemment, l'œuvre historique de l'ICE a fait partie de la réussite de ce modèle de développement. L'entreprise publique, chargée à la fois du secteur de l'énergie et des télécommunications, a réussi à développer une forte infrastructure nationale dans ces secteurs (dans le cas des télécommunications, elle est liée à la téléphonie fixe traditionnelle sur le réseau de cuivre). Au niveau de l'énergie, plus du 99% du territoire costaricien a accès à l'électricité. Le secteur des télécommunications, pour sa part, a représenté 7.45% du Produit Intérieur Brut (PIB) du Costa Rica en 2007¹⁸, sous forme de monopole. Le pays a eu plus d'un million d'abonnés en téléphonie fixe en 2008, ce qui représente un taux de pénétration de 23.6%, le deuxième plus important en Amérique latine, seulement après l'Uruguay, qui curieusement est l'avant dernier pays, juste avant le Costa Rica, à avoir libéralisé le secteur des télécommunications en Amérique Latine. Concernant internet, en 2008 le taux d'accès était de 29.8%, le cinquième en Amérique

¹⁶ Parmi les caractéristiques du pays, il faut souligner l'abolition de l'armée et le droit de vote accordé aux femmes à partir de 1949, les modèles gratuits de sécurité sociale et d'éducation publique, les taux de santé et d'éducation propres d'un pays développé. Au milieu des années 80, en pleine période de guerre froide, le pays a proclamé sa neutralité politique face aux conflits armés dans la région et, quelques années plus tard, en 1987, le Prix Nobel de la Paix a été décerné au Président Oscar Arias Sanchez.

¹⁷ Selon la base de données de la Banque Mondiale sur son site web en avril 2009.

¹⁸ *Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. 2009-2014. P. 29.*

Latine¹⁹. Cependant, il faut se méfier de ces données. La qualité des connexions à l'internet, l'accès égalitaire selon les différentes régions, le temps d'attente pour l'obtention d'une ligne téléphonique, - sans même se référer à l'évaluation du développement des technologies mobiles - font partie des critiques constantes des usagers à l'égard du monopole de l'ICE.

Du fait des politiques de concurrence, les processus de transition des économies nationales vers des économies de marché ont abouti au moment historique de la naissance d'institutions et de normes propres au droit de la concurrence. Au Costa Rica, c'est à partir de la fin des années 80, et plus particulièrement à partir de la Présidence de Calderón Fournier (1990-1994) et celle de Figueres Olsen (1994-1998), que l'on dénote une réorganisation du modèle de l'Etat et commence à envisager des réformes dont l'objectif est l'ouverture des marchés et un processus de démonopolisation. Le modèle de développement costaricien vise désormais à prioriser les exportations des secteurs agricoles et de la haute technologie, tout en cherchant à faire du pays un pôle d'attraction pour les investissements étrangers. Le débat sur le maintien des monopoles publics dans des secteurs productifs très diversifiés, tels que la réserve et la distribution de carburants, l'énergie, les assurances, les services postaux, les télécommunications et même la production et la distillation de produits à base d'alcool, a fait partie du programme des gouvernements. La rupture avec le modèle interventionniste d'un Etat fortement protectionniste et la tendance plus propre du libéralisme sont à l'origine d'une bipolarisation de l'opinion publique par rapport à la convenance des processus d'ouverture des marchés, particulièrement celui des télécommunications. Cela peut expliquer le fait qu'une telle décision d'ouverture ait été prise à la suite d'un référendum populaire, auquel on fera référence plus loin.

C'est précisément la concurrence qui est devenue l'argument fondamental pour ceux qui justifient le changement dans la structure économique vers une économie de marché. Sur cette base s'est développée la nécessité de l'Etat d'établir des politiques sectorielles visant à promouvoir un environnement concurrentiel dans le domaine des télécommunications. Les principes et bienfaits de la concurrence font partie des fondements du processus d'ouverture du marché des télécommunications au Costa Rica (**Titre II**). Cependant, afin de comprendre le

¹⁹ Instituto Nacional de Estadística de Censos (INEC). San José, Costa Rica. Données d'avril 2008 sur le site web institutionnel.

modèle de régulation sectorielle choisi lors de la discussion des projets de loi pour l'ouverture du marché, on abordera, d'une manière comparative avec le droit français, l'établissement des conditions pour la promotion et le contrôle de la concurrence sur le marché national (**Titre I**).

TITRE I. / LA PROMOTION ET LE CONTRÔLE DE LA CONCURRENCE : ANALYSE COMPARÉE DE L'ÉVOLUTION NORMATIVE AU COSTA RICA ET EN FRANCE

L'économie costaricienne est passée d'un modèle interventionniste caractérisé par le protectionnisme de l'Etat dans plusieurs secteurs, à un modèle de développement d'économie de marché orienté sur l'ouverture des frontières. Le pays a cherché, depuis la fin des années 80 et plus spécifiquement depuis le milieu des années 90, à fonder sa stratégie de développement sur l'exportation agricole et industrielle, et plus récemment sur l'exportation de produits de haute technologie, en pariant sur un modèle d'attraction d'investissements étrangers. Ce processus a été suivi par l'implémentation de trois politiques particulières : la réduction de la protection fiscale, la réduction de la taille de l'Etat et l'adoption de politiques macroéconomiques stables. Dans ce contexte a été promulguée une série des normes visant à promouvoir la politique de la concurrence²⁰ et à combattre les pratiques anticoncurrentielles, ce qui répond à la nécessité d'un nouveau modèle de contrôle des marchés assurés auparavant par la régulation classique du service public.

L'ouverture des marchés des services publics est à l'origine d'une nouvelle conception dont on cherche à concilier deux aspects fondamentaux : d'une part, l'instauration d'un système plus efficace et compétitif, et d'autre part, la garantie d'un service minimum auquel tous auraient droit. A ce sujet, on affirme dans le modèle européen que « le principe communautaire de la libre concurrence doit être concilié avec l'objectif de développement des missions du service

²⁰ D'après le « *Centro para la Cooperación con las Economías Europeas en Transición* », la concurrence est définie comme « une situation du marché où plusieurs agents, jouant avec totale indépendance, font des efforts pour attirer des clients afin d'atteindre un objectif commercial précis et manifesté en termes de profits, de volume de ventes ou de quotas de marché. La concurrence est perçue comme un processus clé qui oblige les entreprises à faire preuve d'efficacité et à commercialiser à un prix inférieur des produits ou services ». Adam Smith dans la « *Richesse des Nations* » insiste sur deux aspects de la concurrence : sa plus ou moins grande intensité d'influence sur le prix, elle contribue à faire baisser les profits. « *L'accroissement des capitaux en augmentant la concurrence, doit nécessairement réduire les profits* ». Pour Montesquieu dans « *De l'esprit des lois* » : « *c'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises, et qui établit les vrais rapports entre elles* ». Depuis Montesquieu et Adam Smith, la concurrence est un concept fondamental de la tradition libérale et de la science économique. Selon ce point de vue, elle est un aspect de la liberté individuelle et donne non seulement le droit mais aussi la possibilité matérielle aux agents économiques de pouvoir faire des choix et d'utiliser leur raison.

public »²¹. Pour une partie de la doctrine, l'ouverture à la concurrence des activités de service public n'a pas provoqué un processus de dérégulation ou d'élimination de la normative, mais au contraire, a affirmé l'ouverture comme un processus d'implémentation de nouvelles régulations, suivant des normes que la concurrence promet dans les activités libéralisées²². Un tel processus de promotion de la concurrence vise à augmenter le niveau de satisfaction des usagers des services. Pour le professeur Du Marais, « le but final de la libéralisation est de laisser jouer pleinement la concurrence pour améliorer le bien-être général et clairement l'excédent du consommateur »²³.

Bien que la France et le Costa Rica soient très différents surtout sur le plan géographique et économique²⁴, ils présentent une évolution normative semblable, spécialement dans l'ordre du droit commun, même si souvent le Costa Rica rattrape tardivement les nouveautés de régimes de droit européen, en particulier le français et l'espagnol. Le droit public, civil et commercial du Costa Rica suit les tendances et les transformations vécues quelques années auparavant en France et en Espagne et dans d'autres domaines, il suit les progrès des modèles italien et allemand²⁵. En gardant les proportions sur la représentativité financière de chaque marché national, les processus d'ouverture du marché des télécommunications sont également comparables, sauf que le Costa Rica a entamé « la course » avec plus de dix ans de retard.

Afin de promouvoir et protéger la concurrence, il est important non seulement de créer un organe de contrôle mais également un cadre normatif cohérent. En outre, le degré de cohérence de la norme juridique va directement affecter le degré d'efficacité de l'application du droit de la

²¹ Allemand, R. L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications. Dalloz, L'actualité Juridique du Droit Administratif. Paris. 1er novembre 2004. P.2029.

²² Echandi Guardián, M. *Nuevo Servicio Público, Constitución y Derecho de la Competencia. Revista de Derecho Público*. N°1, Janvier-Juillet 2005. San José, Costa Rica. P. 30.

²³ Du Marais, B. *Droit Public de la Régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz. Paris, France. 2004. P. 530.

²⁴ D'après les données publiées par l'INSEE sur son site web, La France (métropolitaine) a une population supérieure aux 62 millions d'habitants contre 4.5 millions au Costa Rica. Au niveau territoire, la France est sept fois plus grande que le territoire costaricien, dont la superficie est de seulement 51.500 kilomètres carrés. Au niveau économique, et sur base des données publiées par la Banque Mondiale sur son site web, en 2008, le PIB par habitant français est de \$44.508 contre \$6.564 au Costa Rica. Il est clair que la France fait partie des pays les plus riches et avancés du monde. Le Costa Rica est encore un pays en voie de développement, même s'il est parmi les plus développés d'Amérique latine. Le taux de pauvreté en 2007 dans le cas de la France se maintient à environ 13%, tandis qu'au Costa Rica il est supérieur à 23%.

²⁵ Le droit constitutionnel costaricien est inspiré du modèle italien et aussi des théories développées en Allemagne en droit pénal. Dans les autres domaines, le Costa Rica suit surtout les modèles français et espagnol.

concurrence. La mise en jeu du droit de la concurrence costaricien répond à la nécessité de réguler le nouveau scénario économique du pays (**Chapitre 1**). Cependant, malgré l'énorme avance qu'a signifié la promulgation de la Loi numéro 7472, de « *Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor* »²⁶ du 19 juin 1995, le droit de la concurrence interne souffre encore de limitations, tant de caractère normatif que financier et technique (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- La mise en jeu de l'économie de marché et le droit de la concurrence : Une évolution semblable mais tardive dans le cas du Costa Rica

Tel qu'on l'a indiqué pour le droit commun, l'évolution normative costaricienne en matière de droit de la concurrence est davantage semblable à celle qu'a connue la France. Néanmoins, le Costa Rica a réagi tardivement à la nécessité de régulation du marché.

En France, le décret du 9 août 1953 a inséré dans l'ordonnance du 30 juin 1945 des dispositions sur les ententes illicites et a créé la Commission technique des ententes. Ces dispositions ont été étendues à l'abus de position dominante par la loi du 2 juillet 1963. La Commission technique des ententes et des positions dominantes avait pour mission de rendre des avis au ministre de l'économie sur des pratiques d'ententes et de positions dominantes. Ses avis pouvaient conduire le ministre à prononcer des sanctions pécuniaires ou à transmettre le dossier au juge pénal. Postérieurement, la loi du 19 juillet 1977 a instauré la Commission de la concurrence qui s'est vue confier, par rapport à la Commission technique des ententes et des positions dominantes, deux attributions supplémentaires: conseiller le gouvernement sur toute question concernant la concurrence et donner des avis sur les opérations ou projets de concentration. Jusqu'à présent, l'entité chargée des affaires relatives au contrôle des ententes et positions dominantes était dépourvue des facultés juridictionnelles. C'est à partir de 1986, que l'entité a vu son champ d'action s'élargir et ses moyens d'action se renforcer. L'ordonnance de 1986, codifiée en 2000 dans le livre IV du Code de commerce, institue l'ancien Conseil de la Concurrence et introduit des innovations importantes. Elle élargit les possibilités de saisine (notamment aux entreprises),

²⁶ La Loi de Promotion de la Concurrence et Défense Effective du Consommateur, numéro 7472, a été promulguée le 20 décembre 1994 et publiée le 19 janvier 1995. Mais ce n'est qu'en août 1995 que l'organe de contrôle, la COPROCOM, a été finalement intégré.

transfère le pouvoir de sanction du ministre au Conseil (en l'assortissant du contrôle du juge judiciaire) et met en place une procédure garantissant davantage les droits des intéressés. La loi du 11 décembre 1992 l'a habilité à appliquer les articles 81 à 83 (ex-85 à 87) du Traité CE. La loi du 1er juillet 1996 a élargi les attributions contentieuses du Conseil aux pratiques de prix abusivement bas.

Ensuite, la loi NRE du 15 mai 2001 a modifié le droit de la concurrence dans le but de renforcer l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (introduction des procédures de clémence et de transaction, relèvement du plafond de sanction), de garantir le respect du principe d'égalité des armes, d'améliorer la coopération internationale et de contrôler les concentrations de manière plus systématique et plus transparente. Par ailleurs, sous impulsion communautaire, le droit français de la concurrence a connu un profond mouvement de modernisation. En particulier, le règlement (CE) n° 1/2003, entré en vigueur le 1er mai 2004, a organisé la décentralisation du droit communautaire et la "mise en réseau" des autorités nationales de la concurrence. Elle a aussi modifié les méthodes de travail du Conseil et accru ses prérogatives. Dans ce mouvement de modernisation du droit français de la concurrence, l'ordonnance du 4 novembre 2004 a complété les pouvoirs décisionnels du Conseil en les alignant sur ceux des autres autorités européennes de la concurrence²⁷. Plus récemment, la loi de modernisation de l'économie numéro 2008-776 du 4 août 2008, crée l'Autorité de la concurrence, qui succède au Conseil de la concurrence institué par l'ordonnance du 1er décembre 1986, sujet qu'on abordera par après.

Du côté costaricien, la norme de concurrence possède des antécédents historiques à l'article 16 de la Constitution Politique de 1917, dans lequel était établie la défense de la liberté économique. La même vision s'est maintenue dans la Constitution de 1949, encore en vigueur, qui établit dès son origine le droit fondamental des citoyens à la liberté de commerce, d'agriculture et d'industrie, et son article 46 qui interdit expressément les monopoles de caractère privé et autorise l'Etat à réprimer les pratiques monopolistiques²⁸.

²⁷ Sur le site web officiel de l'Autorité de la concurrence: www.autoritedelaconcurrence.fr / Présentation / Rappel Historique.

²⁸ CUEVAS, Mario; CARRASCO, Ana et KHEMANI, Shyman. *Papel e importancia de la Política de Competencia en la Promoción de la Inversión, el Crecimiento, la Competitividad y la Reducción de la Pobreza en Costa Rica. Foreign Investment Advisory Services (FIAS). The World Bank Group. Washington D.C., USA. 2007.*

« Ainsi, le droit de la concurrence au niveau national est composé d’une série de normes sur base d’origine constitutionnelle, la liberté de commerce autant qu’un droit fondamental, et donc, un principe de caractère permanent de l’organisation socio-économique de la République »²⁹. En premier lieu, il y a la promulgation de la Loi de Promotion de la Concurrence et de la Défense Effective du Consommateur (LPCDEC), numéro 7472 du 19 juin 1995. Cette norme a pour objectif la protection des droits et des intérêts des consommateurs, la promotion du processus de concurrence et l’accès aux marchés, par le biais de la prévention et l’interdiction des monopoles, les pratiques anticoncurrentielles et autres modalités restrictives envers le bon fonctionnement du marché, ainsi que l’élimination des régulations inadéquates pour les activités économiques³⁰. Il s’agit d’un instrument d’ordre public et donc d’application obligatoire pour toutes les parties. La Loi inclut trois aspects fondamentaux de régulation: les dispositions relatives à la dérégulation des activités économiques; les dispositions relatives à la défense de la concurrence et les dispositions relatives à la protection du consommateur. Elle fait aussi des mentions relatives à la concurrence déloyale, déléguée aux tribunaux ordinaires. Dans le cadre de la présente étude, la LPCDEC cherche au niveau du droit de la concurrence à ce que le marché soit le résultat de la libre interaction entre l’offre et la demande, et non pas un produit de pratiques concertées, tendancieuses et préjudiciables parmi les entreprises dont le seul objectif consisterait à obtenir des bienfaits au préjudice des consommateurs³¹.

Ensuite, la réforme constitutionnelle de l’article 46 à partir de la Loi 7607 du 29 mai 1996 renforce les principes constitutionnels de liberté de l’industrie et du commerce. Cette norme indique : « *Les monopoles de caractère particulier sont interdits ainsi que tout acte, même d’origine légale, qui puisse menacer ou limiter la liberté de commerce, d’agriculture et*

²⁹ MEIC – COPROCOM. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. Ministerio de Economía, Industria y Comercio. San José, Costa Rica. 2006. P. 11.

³⁰ *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*. N°. 7472. Artículo 1°.

³¹ MEIC – COPROCOM. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. Ministerio de Economía, Industria y Comercio. San José, Costa Rica. 2006. P. 9. A ce sujet, Diego Pretecolla dans son rapport « *Política y Legislación de Competencia en Costa Rica – Examen Voluntario entre Homólogos* », présenté en 2008 à la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le Développement (UNCTAD), indique que la norme 7472 excède proprement le champ de la politique de concurrence au sens strict. Il fait référence à ce que « *la Loi inclut trois aspects substantiels principaux, liés mais indépendants au sens strict, c’est-à-dire : les dispositions pour la dérégulation des activités économiques, les dispositions pour la défense de la concurrence et les dispositions pour la protection du consommateur. En plus, la norme comporte un quatrième aspect : l’interdiction de la concurrence déloyale (unfairtrade)* ».

d'industrie. L'action de l'Etat orientée en vue d'empêcher toute pratique ou tendance monopolistique sera d'intérêt public. (...)»³².

La doctrine et la jurisprudence française définissent la liberté de commerce et de l'industrie en indiquant que « d'après la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, la liberté de commerce et de l'industrie a un double aspect. D'abord, cela signifie la libre entreprise entendue comme la liberté d'établissement ou d'installation et liberté de l'exercice ou exploitation de l'activité professionnelle. (...) La liberté de commerce et de l'industrie signifie aussi la libre concurrence, ce qui implique en principe l'abstention des collectivités publiques dans l'exploitation des activités industrielles et commerciales »³³. De même, on affirme que « la liberté de commerce et de l'industrie implique la liberté de concurrence »³⁴. C'est à partir de cette notion qu'il est possible d'indiquer que la liberté de concurrence, au même titre que la liberté de commerce, de l'industrie et d'entreprise ont toutes une valeur et une tutelle constitutionnelle³⁵. Ceci étant, les libertés économiques reconnues à l'entrepreneur sont la liberté d'entreprise, la liberté de commerce et de l'industrie et la liberté de concurrence. Ainsi sont nées « la reconnaissance, la protection et l'inviolabilité de la liberté de concurrence économique : (...) entendues comme la possibilité d'offrir et d'échanger des produits sur le marché, grâce aux libertés de la propriété privée et de la liberté d'entreprise »³⁶.

La somme des garanties fondamentales contenues dans l'article 46 constitutionnel est un indicateur de l'existence claire d'un principe de concurrence. L'intérêt à ce que la concurrence soit protégée par le système juridique au plus haut niveau est de garantir le fonctionnement efficace du système économique, aspect d'importance vitale dans un modèle d'économie de marché, comme celui défini par la Constitution Politique costaricienne³⁷. D'après cet article 46, le principe est la compétition et la règle la concurrence. Le principe constitutionnel de

³² Constitución Política de la República de Costa Rica. Article 46.

³³ Esplugas, P. *Conseil Constitutionnel et Service Public*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, France. 1994. P.146-147.

³⁴ Malaurie-Vignal, M. *Droit Interne de la Concurrence*. Armand Colin. Paris, France. 1996. P. 47.

³⁵ Devolvé, P. *Droit Public de l'Economie*. Edition Dalloz. Paris, France. 1998. P. 112.

³⁶ Almonacid Sierra, J. et García Lozada, N. *Derecho de la Competencia*. Legis Editores, S.A. 1ère. Edition. Colombia. 1998. P. 23.

³⁷ Echandi Gurdíán, M. *Nuevo Servicio Público, Constitución y Derecho de la Competencia*. Revista de Derecho Público. N°1, Janvier-Juillet 2005. San José, Costa Rica. P. 32.

concurrence est un principe de base pour l'organisation sociale, car il veille à assurer la concurrence dans le système économique de marché, au bénéfice de l'intérêt public³⁸.

Dès la promulgation de la Loi 7472 se sont développés d'autres instruments relatifs au contrôle de la concurrence au Costa Rica, toujours sur base de l'article 46 constitutionnel et de la Loi de Promotion de la concurrence. C'est le cas concret du Règlement dans la Loi 7472, ainsi que des normes de procédure, ou le cas de la Loi Générale de l'Administration Publique et la Loi régulatrice de la Juridiction de Contentieux Administratif (aujourd'hui Code du Contentieux Administratif), et des normes sectorielles qui font référence au contrôle de la concurrence, ou encore le cas de la Loi de Protection des employés, la Loi des Assurances et la Loi du Système Financier National³⁹. Il faut remarquer que l'adoption de la Loi de concurrence costaricienne tire son origine du Traité de Libre Commerce avec le Mexique, qui contient une clause sur la concurrence, et la négociation du Troisième Programme d'Ajustement Economique (PAE III) qui inclut comme condition l'adoption d'une norme de concurrence. Dans ce contexte, il est clair que la norme costaricienne trouve son inspiration dans la loi mexicaine analogue, mais avec un numéro plus significatif d'exceptions, que l'on développera postérieurement. Cela explique le fait qu'il existe une certaine différence au niveau de l'organisation des missions sur un plan institutionnel en comparant le système costaricien et le système français (**Section 1**). De même, dans l'ordre du droit substantif, bien qu'il existe une correspondance entre les principes de base des normes de concurrence, les notions et concepts liés à la définition des pratiques anticoncurrentielles sont partiellement différents entre les deux droits nationaux (**Section 2**).

Section 1.- L'analyse comparative des institutions et missions de contrôle de la concurrence

³⁸ Echandi Gurdian, M. *Nuevo Servicio Público, Constitución y Derecho de la Competencia*. Revista de Derecho Público. N°1, Janvier-Juillet 2005. San José, Costa Rica. P. 35.

³⁹ Il faudrait ajouter à l'ensemble des normes visant au contrôle de la concurrence, le Règlement sur l'adjudication de quotas d'importation, le Traité de Libre-échange entre le Costa Rica et le Canada, la Loi 8343 de Contingence fiscale, la Loi 7979 de Droits d'auteurs et droits connexes, plusieurs références aux Traités de Libre-échange entre L'Amérique Centrale, la République Dominicaine et les Etats-Unis (CAFTA-RD) et entre le Costa Rica et Singapour et, bien évidemment, la Loi Générale des Télécommunications, numéro 8642 du 30 juin 2008, contenant le régime de contrôle et de promotion de la concurrence sectorielle.

Au sujet du contrôle de la concurrence, plusieurs institutions y participent, soit sur un plan politique ou de promotion, soit sur un plan contentieux. Tout d'abord, en France, les fonctions dans l'application de la politique et du droit de la concurrence étaient réparties auparavant entre l'Administration⁴⁰, un organe spécialisé - l'ancien Conseil de la Concurrence⁴¹ - et les Tribunaux, avec des attributions exclusives. Ce schéma a été substantiellement modifié lors de la réforme du droit de la concurrence français, par la loi de modernisation de l'économie 2008-776 du 4 août 2008 et l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008. Désormais, l'Autorité de la concurrence, organisme administratif issu en 2009 de la transformation du Conseil de la concurrence, agit au nom de l'État, sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs.

Au Costa Rica, les fonctions de promotion et de décision en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles sont concentrées depuis la Loi 7472 sur la Coprocom, entité administrative pourvue d'indépendance technique mais rattachée au Ministère de l'Economie, l'Industrie et du Commerce. Bien évidemment, il existe aussi une importante participation des Tribunaux Contentieux Administratifs chargés de la révision des litiges de concurrence en voie judiciaire, et

⁴⁰ Auparavant, l'Administration chargée de la politique de concurrence française était la Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), qui faisait partie du Ministère de l'Economie et des Finances. Ces fonctions étaient explicitées dans une instruction générale du 13 décembre 2001, Instruction générale relative aux missions et à l'organisation des services de la DGCCRF, publiée au BOCCRF le jeudi 27 décembre 2001. La DGCCRF avait parmi ses fonctions de proposer au Ministère la politique générale du gouvernement pour la sauvegarde et la promotion de la concurrence. De même, la DGCCRF avait une mission de surveillance des marchés les plus divers. Elle centralisait des indices de concertation ou d'autres infractions éventuelles, en vue d'intervenir en cas de nécessité ou en fonction d'objectifs prédéfinis. Elle avait encore un pouvoir ministériel de saisine et le pouvoir d'intervention dans certains litiges judiciaires, ainsi que le contrôle de l'exécution des décisions, tant du Conseil de la concurrence comme de la Cour d'appel de Paris. Pour de plus amples détails à ce sujet, voir : BRAULT, Dominique. Politique et pratique du droit de la concurrence en France. L.G.D.J. Paris, France. 2004. Numéros 1018 et suivants.

⁴¹ L'organisation du Conseil était régie par les dispositions des articles L. 461-1 à L. 461-3 du Code du Commerce. Il comprenait 17 membres et il était assisté par des collaborateurs permanents. Le conseil comptait un rapporteur général chargé de l'instruction des dossiers et doté d'autonomie vis-à-vis de l'organe de décision. Le Conseil était qualifié d'« autorité administrative indépendante » même si ces termes n'ont été repris ni par l'ordonnance de 1986 ni par la loi sur les nouvelles régulations économiques. Cela est devenu la condition propre de la Commission de la concurrence auquel a succédé le Conseil. Le Conseil lui-même s'est qualifié d'organisme de nature non juridictionnelle et d'autorité administrative lors de la Décision numéro 87-D-49 du 10 novembre 1987. Malgré cela, la propension à prendre le Conseil pour une juridiction s'est exprimée même parfois par la Cour d'appel de Paris, qui a considéré le Conseil comme constitué « des premiers juges » (CA Paris 21 décembre 1998). L'ancien Conseil de la concurrence avait trois principales attributions : le rôle de décideur en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles ; le rôle de conseiller du ministre en ce qui concerne le contrôle de la concentration et le rôle consultatif général.

des autorités régulatrices sectorielles, dotées de fonctions complémentaires pour le contrôle de la concurrence.

Même si les objectifs de promotion de la concurrence et de la recherche d'une allocation efficiente des ressources est présente, tant selon la norme française que costaricienne⁴², il faut bien évidemment – dans le cadre de cette étude - garder les proportions des marchés économiques concernés et tenir compte du fait que les pays doivent définir leurs priorités lors de leurs politiques de concurrence, selon leur propre niveau socio-économique et de développement. Les instruments normatifs liés au droit de la concurrence obligent à l'intervention de différentes entités publiques dans les affaires de politique et de droit de la concurrence. L'organisation institutionnelle et l'accomplissement de missions de contrôle de la concurrence au Costa Rica et en France sont semblables en raison des rôles des institutions concernées : les autorités nationales de contrôle de la concurrence (§1) et la participation des tribunaux judiciaires (§2).

§1. Les autorités nationales de concurrence

Même si on reconnaît l'importance du rôle des différentes institutions qui ont eu des attributions lors de la définition des politiques de concurrence ou du processus contentieux propre au droit de la concurrence, nous allons nous centrer à présent sur la nature, les caractéristiques et l'évolution des autorités de concurrence (la Commission au Costa Rica et l'Autorité de la Concurrence en France), afin de mieux comprendre le schéma de contrôle de la concurrence et de régulation choisi au Costa Rica concernant le secteur des télécommunications.

⁴² Il existe une grande diversité d'opinions par rapport aux objectifs de la politique de concurrence. Schématiquement, il y a deux extrêmes : celui qui priorise la protection de l'efficacité économique et celui qui fait appel à la protection des intérêts publics et qui comprend des aspects pas seulement économiques. Dans la plupart des juridictions, les objectifs principaux de la politique de la concurrence sont de maintenir et de promouvoir la concurrence afin de rechercher une allocation efficiente des ressources tout en protégeant la liberté des agents économiques. Nonobstant, dans quelques situations, la politique de la concurrence sert à atteindre des objectifs tels que le pluralisme, la déconcentration des décisions économiques, la prévention des abus du pouvoir économique, la promotion des petites entreprises, la justice, l'équité et d'autres valeurs sociopolitiques. Voir à ce sujet: UNCTAD. TD/RBP/CONF.5/7/REV.3. Nations Unis. 2003.

A l'instar de la France, un organe unique et spécialisé a été choisi au Costa Rica pour prendre en charge l'application des normes de concurrence⁴³. Les différences sont visibles plutôt dans l'ordre de sa nature juridique, ses mécanismes légaux pour le contrôle de la concurrence, et bien évidemment, dans l'ordre budgétaire. La Loi 7472 crée la « *Comisión para Promover la Competencia* » (COPROCOM), organe pourvu en principe d'indépendance, mais pas nécessairement administrative, car elle est toujours adscrite au Ministère de l'Économie, l'Industrie et du Commerce (MEIC) et dépend directement de son budget. Sa structure institutionnelle est limitée.

Son homologue français est issu de la Loi de modernisation de l'économie numéro 2008-776 du 4 août 2008, qui transfère à la nouvelle Autorité de la concurrence les pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence, et lui en accorde de nouveaux : l'Autorité succède au ministre de l'Économie pour contrôler les opérations de concentration. En outre, elle est désormais en mesure de mener elle-même ses enquêtes et possède la possibilité de s'autosaisir en matière d'avis sur toute question de concurrence, et d'émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur. Ces missions font aussi partie des attributions de promotion et de contrôle de la concurrence en charge de la Coprocom au Costa Rica. Cependant, les limitations financières et en ressources humaines, que l'on abordera par la suite, rendent difficile un véritable accomplissement de ces missions au niveau national.

La Coprocom est donc chargée d'identifier et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, et compte aussi sur des compétences consultatives. Ainsi, de la même manière que son homologue français, elle peut intervenir soit après avoir été saisie par un plaignant, soit après s'être autosaisie, selon l'article 21 de la Loi 7472. En matière de concentrations, les décisions de l'Autorité de la concurrence française relèvent du contrôle du Conseil d'Etat. Dans le cas du droit costaricien, la norme n'incorpore pas l'avis préalable de la Coprocom dans le cas de

⁴³ Il faut tenir en compte que si bien la tendance internationale est de créer une autorité spécialisée pour l'application des normes de concurrence, dans certains cas, comme au Pakistan, en Colombie et au Pérou il y a une seule autorité chargée des affaires, non seulement de concurrence, mais aussi de propriété intellectuelle, de concurrence déloyale et de protection du consommateur. Voir à ce sujet : UNCTAD. TD/RBP.CONF.5/7. Rev.3. 2007.

concentrations. Le contrôle des concentrations se fait *ex post*, ce qui rend beaucoup plus compliquée l'intervention de la Commission dans ce genre d'affaires⁴⁴.

En ce qui concerne la composition des Organes, l'Autorité de la concurrence française est une institution collégiale qui comprend dix-sept membres, nommés pour une durée de cinq ans, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie. Ils ne sont pas révocables, sauf dans des cas strictement définis par le Code du commerce (art. L. 461-2). Elle se compose d'un président⁴⁵ nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence, ainsi que d'un collège comprenant également : 1°.- six membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires; 2°.- cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation; 3°.- cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales⁴⁶.

Pour sa part, la Commission costaricienne est conformée de cinq membres propriétaires et cinq suppléants, nommés par accord de l'Exécutif, sur la recommandation du Ministre de l'Economie, l'Industrie et du Commerce. Chaque membre est nommé pour une période de quatre ans et peut être réélu indéfiniment. Les commissionnaires de la COPROCOM doivent être nécessairement des professionnels en droit, en économie ou dans des professions affines, et avoir une vaste expérience et jouir de prestige. Ils ne travaillent pas à plein temps avec seulement une session de travail par semaine, et sont en charge de la résolution finale des affaires.

⁴⁴ Le projet de Loi de réforme en étude de la Commission des Affaires Economiques de l'Assemblée Nationale incorpore le contrôle *ex-ante* sur les concentrations. Plus récemment, un projet de Règlement cherche à incorporer la consultation préalable volontaire afin d'avoir l'avis favorable de la Commission lors des mouvements de fusion ou d'acquisition dans le but de donner davantage de sécurité juridique aux agents économiques.

⁴⁵ De même, quatre vice-présidents sont désignés parmi les membres du collège, dont au moins deux parmi les personnalités mentionnées aux points 2° et 3°. Le président et les quatre vice-présidents exercent leurs fonctions à titre permanent. (Information visible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr)

⁴⁶ Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont prises collectivement, hormis les cas où le président ou un vice-président désigné par lui peut statuer seul. L'Autorité de la concurrence peut siéger en session plénière, en section, en commission permanente ou en juge unique. Les critères de quorum sont fixés par le règlement intérieur de l'Autorité. La commission permanente est composée du président et des quatre vice-présidents. Le plus souvent, le collège siège en sections, qui sont généralistes et n'ont pas vocation à s'occuper d'un secteur en particulier. (Information visible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr)

La structure de la Commission compte deux instances principales : l'instance en charge d'une Unité Technique et l'instance résolutive en charge de la Commission. Dans le cas français, l'instruction est menée en toute indépendance par les services d'instruction, placés sous la direction du rapporteur général⁴⁷. Au terme d'une procédure contradictoire, les affaires sont examinées par le collège de l'Autorité, qui, dans la plupart des cas, siège en section. Dans le cas costaricien, l'Unité Technique mène l'instruction de la procédure et rend un rapport final à la Commission et à l'organe résolutif. La figure du rapporteur n'existe pas, contrairement au système français. La procédure doit aussi respecter le principe contradictoire et les règles du procès, sur base des règles de la procédure définie au Titre II de la Loi Générale de l'Administration Publique.

Le gouvernement français est représenté dans les séances de l'Autorité par le commissaire du Gouvernement désigné par le ministre de l'économie. Cette fonction est remplie par le Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou en cas d'empêchement par un représentant désigné par arrêté du ministre de l'économie. Le commissaire du gouvernement présente, sur toutes les affaires dont est saisie l'Autorité, des observations sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions possibles⁴⁸. Le commissaire du gouvernement ne prend pas part ensuite à la délibération. Cette figure-là n'existe pas non plus dans le cas de l'organisation de la Commission costaricienne. De plus, l'Autorité de la concurrence française est compétente pour appliquer les législations nationales (livre IV du Code de commerce) et communautaires, articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne⁴⁹. Bien évidemment, le Costa Rica ne

⁴⁷ L'instruction des affaires est assurée par des rapporteurs (magistrats, fonctionnaires, économistes, juristes, ingénieurs...) sous la direction du rapporteur général et des rapporteurs généraux adjoints. Les services d'instruction comprennent aussi des services dédiés (service économique, service des investigations, etc.). Le rapporteur général est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège. Les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs sont nommés par décision du rapporteur général, publiée au Journal officiel. Pour sa part, le président est entouré d'une équipe qui lui est propre ainsi que du service de la communication. L'ensemble des services administratifs (procédure, informatique, ressources humaines, affaires budgétaires et générales, etc.), est également placé sous l'autorité du président.

⁴⁸ Dans le cas français il existe aussi un conseiller-auditeur, qui est disponible pour recueillir les observations des parties sur le déroulement des procédures donnant lieu à une notification de griefs, avant de transmettre au président de l'Autorité un rapport évaluant ses observations et proposant, si nécessaire, tout acte permettant d'améliorer l'exercice des droits des parties. (Information disponible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr)

⁴⁹ Anciens articles 81 et 82 du traité CE.

dispose pas des instruments régionaux d'harmonisation des normes de concurrence, même si ce sujet a fait l'objet de discussions lors de la négociation de l'Accord d'Association et de Coopération entre l'Amérique Centrale et l'Union Européen (AACUE) signé récemment.

De même, l'Autorité de la concurrence française détient le pouvoir de prononcer des injonctions, d'infliger des sanctions pécuniaires, d'accepter des engagements et d'accorder le bénéfice de la clémence à certaines entreprises qui coopèrent en aidant à détecter ou à constater l'existence d'ententes. Dans le cas de la Coprocom, on verra dans la partie (I.A.2) de cette étude, qu'il existe un nombre important de compétences limitées au quotidien auprès de la Commission par rapport à son homologue française. Par ailleurs, la Coprocom, tel que cela est prévu pour l'Autorité de la concurrence française, peut être amenée à rendre, même de sa propre initiative, des avis sur diverses questions de concurrence. Parmi les avis les plus fréquents de la Coprocom, il y a ceux qui correspondent à l'approbation ou désapprobation par rapport aux subventions fiscales pour l'importation de produits agricoles, comme la farine, les haricots ou encore le maïs blanc. Il revient au Ministère du Commerce Extérieur, conjointement avec le Ministère de la Production et le Ministère de l'Economie, de consulter la Coprocom à ce sujet. Même si encore en 2010, les Ministres ont cherché le moyen de justifier, à l'encontre de la recommandation de la Commission, les subventions aux importateurs, il est évident, que malgré le fait que l'opinion de la Coprocom à ce sujet n'a aucun caractère d'accomplissement obligatoire, elle est de plus en plus respectée.

D'après Isaura Guillén⁵⁰, ancienne Directrice Exécutive de la Coprocom, cette Commission a vécu au moins trois étapes de développement. D'abord, une étape de transition vers la conformation institutionnelle de l'organe décideur. Cette transition est devenue un processus d'apprentissage et de rétro alimentation par rapport aux attributions de la loi. Les premiers infracteurs⁵¹ ont été sanctionnés par des amendes peu significatives dans le but de former les agents dans le droit de la concurrence. Une deuxième étape s'étend de l'an 2000 à 2003. Cette

⁵⁰ GUILLEN, I. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. MEIC. San José, Costa Rica. 2006. P. 11 et s.

⁵¹ Entre 1995 et l'an 2000, dix agents en tout ont été sanctionnés. La plupart d'entre eux en raison d'ententes anti concurrentielles sur les secteurs de composantes électroniques, de la pharmacie, la distribution de gaz, et autres. La somme des amendes imposées durant ces premières cinq années d'activité de la COPROCOM est de 92.331.742,00 colons, ce qui représente à nos jours, un peu moins de 134 mil euros.

période se caractérise par une focalisation sur la promotion de la culture de la concurrence et, d'autre part, sur la protection du processus de concurrence et de l'accès aux marchés. La stratégie de divulgation des activités de l'autorité s'est consolidée et Mme. Guillén affirme que c'est à partir de cette période qu'a vraiment démarré le processus répressif des comportements anticoncurrentiels. Cependant, sur cette période, le nombre total des amendes imposées reste conservateur⁵², mais plus important encore, la proportion des sanctions par rapport au dommage à l'économie et à la capacité de paiement des agents concernés, reste peu significative, et donc, il est contestable d'affirmer qu'il existe une véritable politique dissuasive de comportements anticoncurrentiels au cours des années indiquées. Finalement, Isaura Guillén fait référence à une troisième étape dans le développement institutionnel à partir de 2003 où se sont renforcées les activités de promotion de la concurrence et les gestions d'amélioration de l'organisation institutionnelle. C'est ainsi que se sont renforcées les relations de coopération entre des agences régionales⁵³, les activités de formation des agents du secteur privé (chambres de commerce, universités et autres) et des autorités judiciaires concernées par la matière.

Tout au long de ses quinze premières années, la Coprocom a cherché à développer une politique de concurrence interne. Néanmoins, la culture de concurrence est encore peu développée, et le sujet reste encore peu assimilable pour les agents et le propre gouvernement. Malgré cela, l'évolution de la Coprocom montre qu'il y a eu tout de même des progrès par rapport au traitement de la concurrence il y a 15 ans, lors de la promulgation de la Loi 7472. Pour Pamela Sittenfeld, ancienne Directrice Exécutive de la Coprocom, la balance est positive mais il faut absolument promouvoir la réforme de la Loi de concurrence afin de rendre l'Agence plus performante. En particulier, il faudrait, selon elle, travailler sur les cinq principales limitations de la norme juridique, à savoir : les facultés d'investigation, l'indépendance de l'organisme, les

⁵² La somme des amendes imposées par la Coprocom entre le début de l'an 2000 et la fin 2003, est de 214.104.795,00 colons, soit moins de 309 mil euros. La plupart des sanctions imposées résultent d'ententes en raison des prix ou de la restriction de l'offre.

⁵³ La COPROCOM compte à présent sur des accords de coopération avec des agences de concurrence, comme celle de l'Espagne, du Canada, Chili, Mexique, de Le Salvador, entre autres. Elle a aussi établi des conventions de coopération avec la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (UNCTAD), la Commission Economique pour l'Amérique Latine (CEPAL), l'*International Competition Network* (ICN), la Banque Mondiale et l'Agence Suisse de concurrence.

exceptions légales à l'application des règles de la concurrence, les outils pour la soumission volontaire des agents et le contrôle des concentrations⁵⁴.

§2. Le rôle des Tribunaux

Le développement du droit de la concurrence dépend en grande partie, bien évidemment, de l'efficacité des interventions des agences nationales de la concurrence. Cependant, cette intervention doit s'accompagner d'une politique de promotion et de formation des juges en raison du rôle prépondérant que jouent les Tribunaux nationaux dans l'application des normes de concurrence. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est le terrain de compétence privilégiée tant de l'Autorité de la concurrence en France que de la Coprocom au Costa Rica, mais il faut tenir compte que les Tribunaux peuvent réviser leurs décisions. Ainsi, les pouvoirs des Tribunaux à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles sont complémentaires de ceux des agences de concurrence. L'instance administrative dans l'ordre du droit de la concurrence costaricien est obligatoire et d'épuisement préalable pour l'instance judiciaire, auprès du Tribunal Contentieux Administratif, chargé justement du contrôle judiciaire des décisions de la Coprocom en matière de pratiques anticoncurrentielles. Le rôle du Tribunal est soumis par la cour d'appel de Paris dans le cas français.

Pour l'instant, la Coprocom non seulement a fait preuve d'efficacité au niveau technique des résolutions dictées, mais, elle a effectué une bonne promotion des politiques et normes de concurrence auprès des Tribunaux. « *Les résolutions judiciaires ont une particulière relevance du fait qu'elles constituent les premières décisions de la Coprocom connues et confirmées par les Tribunaux* »⁵⁵. Dans le même sens s'exprime la spécialiste Pamela Sittenfeld, pour qui « *...la ratification des six résolutions consécutives par le Tribunal Contentieux Administratif est un bon indice du travail de promotion et de formation du juge administratif. Cependant, la Commission*

⁵⁴ SITTENFELD, P. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

⁵⁵ GUILLEN, I. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. MEIC. San José, Costa Rica. 2006. P. 59.

a fait face à des obstacles dans l'application de critères pour la concurrence dans certains cas, auprès de la Chambre Constitutionnelle»⁵⁶; on s'y référera postérieurement.

Il reste à savoir, dans le cas de l'autorité de régulation des télécommunications, la SUTEL, désormais chargée du contrôle et de l'application des sanctions en matière de concurrence dans le domaine de sa compétence, quelle sera la tendance des Tribunaux Contentieux. En matière de concurrence, le chemin a été ouvert par la Coprocom. Cependant, malgré les limitations institutionnelles, ce sont la maturité de l'Organe de concurrence et la technicité de ses résolutions qui sont à l'origine des ratifications par les Tribunaux nationaux. La SUTEL n'a bien évidemment aucune expérience dans ce domaine, et pour l'instant, les problèmes d'ordre de ressources humaines font penser qu'elle aura de sérieuses difficultés pour atteindre l'objectif prévu par le législateur.

Enfin, dans les deux cas, en tant qu'entités spécialisées, l'Autorité et la Commission sont dotées de compétences claires dans la répression de pratiques anticoncurrentielles. Comme nous venons de l'indiquer, l'application de ces normes est également un thème de révision de la part des Tribunaux. Reste à voir la comparaison dans l'ordre du droit substantiel. Le Costa Rica s'est inspiré des bases du droit mexicain, qui diffère partiellement des concepts français, même si dans les faits, les deux normes visent à interdire et à contrôler les pratiques restrictives et anticoncurrentielles sur les marchés nationaux.

Section 2.- La définition des pratiques anticoncurrentielles

Les pratiques anticoncurrentielles sont nuisibles au consommateur final, qu'elles privent de la liberté de choisir au meilleur prix. Mais elles portent aussi atteinte à son bien-être de façon plus diffuse, puisqu'elles sont préjudiciables à l'innovation, à l'efficacité économique et, finalement, à la croissance. C'est pourquoi la loi confie à l'Autorité la mission de préserver ou de restaurer la vitalité concurrentielle. Lorsque des acteurs économiques enfreignent le droit de la concurrence, l'Autorité peut être saisie du dossier ou s'en saisir d'office. Elle examine alors les faits et, au

⁵⁶ SITTENFELD, P. Colloque pour la célébration du XV^{ème}. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

terme d'une procédure contradictoire, prend, si besoin est, toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les pratiques en cause⁵⁷.

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent prendre différentes formes. On les classe généralement en deux grandes familles : Dans le cas du droit français et du droit européen, ce sont les ententes (prohibées par l'article L.420-1 du Code de Commerce⁵⁸ et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne), et les abus de position dominante (sur base de l'article L.420-2 du Code de Commerce et 102 du TFUE)⁵⁹. Dans le cas du Costa Rica, sur base de la terminologie utilisée par la norme mexicaine, les pratiques anticoncurrentielles sont différenciées entre les pratiques monopolistiques absolues (correspondant aux accords horizontaux) et les pratiques monopolistiques relatives (correspondant en partie aux accords verticaux).

Une entente ou un accord anticoncurrentiel est caractérisé par une concertation entre plusieurs acteurs économiques qui décident d'agir ensemble pour ajuster leurs comportements, au lieu de concevoir leur stratégie commerciale de façon indépendante, comme l'exige la loi. De telles ententes sont prohibées lorsqu'elles empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence sur un marché. Barrières à l'entrée des concurrents sur un marché, échanges d'informations sur les prix et répartitions de marchés en sont quelques exemples⁶⁰. Il faut tenir compte qu'il existe différents types d'accord. Il n'y en a que quelques-uns qui sont anticoncurrentiels et leur capacité

⁵⁷ Sur le site web officiel de l'Autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr / Présentation sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

⁵⁸ Code de Commerce de France. Article L. 420-1 (Modifié par [Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 - art. 52 JORF 16 mai 2001](#)). « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

⁵⁹ Code de Commerce. Article L. 420-2 (Modifié par [Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 40 JORF 3 août 2005](#)). « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

⁶⁰ Information disponible sur : www.autoritedelaconcurrence.fr / Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

de porter atteinte à la concurrence et au bien-être des consommateurs, diffère selon les particularités de chaque accord. Les accords entre des agents économiques peuvent être horizontaux ou verticaux. Les accords horizontaux sont ceux où interviennent des agents économiques compétiteurs directs ou potentiels. Par contre, les accords verticaux se font entre des agents économiques au cours des différentes étapes d'un processus déterminé de production ou de distribution de biens ou de services⁶¹. En droit français, on fait la distinction entre les ententes « horizontales », qui impliquent plusieurs entreprises concurrentes pour un même type de produit ou de service, et des ententes « verticales », conclues entre des opérateurs situés à différents niveaux de la chaîne économique, comme par exemple entre fournisseurs et distributeurs.

Les accords horizontaux sont les plus graves parce qu'ils supposent la fixation de prix, la répartition de marchés, la définition de quotas de production ou encore la collusion de licitations. Historiquement, ce type de pratique a reçu le traitement le plus répressif par les autorités de concurrence. Aux Etats-Unis, ces accords sont régulés au niveau criminel, et en 1993, le Canada a convenu d'introduire le critère d'illégalité *per se* pour de tels types d'accords⁶².

Il est clair que la norme costaricienne inclut le contrôle sur les ententes, tel qu'il est régulé dans le droit français et européen. Mais, il faudrait se demander si la Loi 7472 pourrait être invoquée pour sanctionner des pratiques individuelles ou unilatérales qui excluent ou qui cherchent à exclure les compétiteurs, ce qui correspond à l'abus de position dominante. Pour répondre à cette question, il faut absolument aborder les particularités des pratiques monopolistiques « absolues » (§1) et celles des pratiques conçues par la norme comme pratiques monopolistiques « relatives » (§2).

§1. Les pratiques Monopolistiques « absolues » : L'interdiction des accords horizontaux

⁶¹ PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*. Ginebra, 2008.P. 11.

⁶² UNCTAD-TD./RBP/CONF.5/7Rev.3, 2007.

Les pratiques monopolistiques absolues telles qu'elles sont prévues par l'article 11 de la Loi 7472⁶³, sont des accords de type horizontal. Les accords horizontaux sont ceux qui correspondent à la classification de « *hard core cartels* ». Cela inclut les accords sur les prix et même l'échange d'information avec objet ou effet d'obtenir des accords, ainsi que les accords sur des volumes, la distribution du marché et les accords sur des licitations collusoires.

La terminologie costaricienne fait référence à des « pratiques monopolistiques absolues ». Ces pratiques sont définies par la Loi 7472 comme nulles de plein droit. Dans le contexte du droit de la concurrence, cela veut dire que la conduite est déclarée illégale, indépendamment des dommages qu'elle puisse causer au marché, de son efficacité, du bien-être général ou encore de l'intérêt des consommateurs. De même, il n'est pas nécessaire pour l'autorité d'évaluer l'objet ou l'effet de l'entente⁶⁴. La Commission doit prouver uniquement que les sujets qui participent sont des agents économiques concurrents entre eux et qu'il y a collusion entre eux, selon la définition contenue dans l'article 11 précité. Il n'est pas nécessaire non plus d'avoir l'analyse de dominance, ou du pouvoir substantiel, selon les termes de la norme costaricienne. « Pour déterminer l'illégalité de ces pratiques, il n'est pas nécessaire d'avoir une évaluation de la quantité d'agents concernés, ni de connaître les motivations ou justifications, ni la taille du marché affecté. Ces éléments sont uniquement utiles pour déterminer le degré de la sanction ou de l'amende imposable à l'infracteur, mais pas pour déterminer l'illégalité de sa conduite »⁶⁵. On a toujours reconnu que la forme juridique que revêt un accord de volonté est neutre au regard de la qualification de l'entente. Du moment qu'est établie l'existence d'un accord entre des parties autonomes et que cet accord a pour objet, ou peut avoir pour effet, d'affecter la concurrence, cette

⁶³ L'article 11 de la Loi 7472 littéralement indique : « *Article 11 : Pratiques Monopolistiques absolues. Les pratiques monopolistiques absolues sont les actes, les contrats, les conventions, les arrangements ou les combinaisons entre des agents économiques compétiteurs entre eux, avec un des propos suivants : a. Fixer, élever, concerter ou manipuler le prix de vente ou d'achat des biens ou services sur le marché, ou bien inter changer des informations avec le même objet ou effet ; b. Etablir l'obligation de ne produire, distribuer ou commercialiser qu'une quantité limitée de biens ou ne prester qu'un nombre, un volume ou une fréquence limitée de services ; c. Diviser, distribuer, assigner ou imposer des segments d'un marché de biens ou de services actuels ou potentiels parmi la clientèle, les fournisseurs et dans les temps ou espaces déterminés ou déterminables ; d. Etablir, concerter ou coordonner les offres ou l'abstention d'offres liées à des licitations, des concours ou enchères publiques. Pour l'application de cet article, la Commission (Coprocom) exercera le contrôle et la révision des marchés concentrés. Les actes auxquels l'article fait référence seront nuls de plein droit et les agents économiques seront sanctionnés selon la Loi* ».

⁶⁴ PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Gèneve, Suisse. 2008. P. 12 et s.

⁶⁵ COPROCOM. Décision 11 session 17-09du 16 juin 2009. Affaire sur le secteur des opérateurs des fonds de retraite.

qualification d'entente est possible. Quand ces deux conditions sont réunies –objet ou effet anticoncurrentiel et concours de volontés – toutes les formes d'ententes sont visées, écrites ou verbales, expresse ou tacites, voire de simples pratiques concertées et même, à la limite, des comportements parallèles⁶⁶.

La jurisprudence de la Coprocom s'est prononcée en faveur de l'application de l'interdiction *per se* : « *La Fixation horizontale des prix homogènes est, par disposition de l'article 11 alinéa a de la Loi 7472, une pratique monopolistique absolue et reprochable. La disposition a pour objet d'éviter que des agents économiques compétiteurs accordent un prix unique et portent atteinte à la libre concurrence sur les prix. La préoccupation du législateur est centrée sur l'obtention de rentes monopolistiques. Ceci cause évidemment préjudice à l'assignation efficiente des ressources productives et au consommateur des biens et des services concernés par l'accord. Dès lors, on cherche à éviter que les éventuels effets nocifs d'un marché monopolistique soient présents même sur des marchés avec un nombre limité d'offrants, cela en raison de compétiteurs animés d'une volonté commune* »⁶⁷.

Justement, sur base de l'article 11, la Coprocom a infligé la seconde sanction record au Costa Rica en juin 2009, dans une affaire d'accord horizontal, où les huit opérateurs de fonds de retraite du pays ont convenu, au sein d'une Association du secteur, de tous se placer sur le seuil maximum des commissions permis par le régulateur sectoriel, la « *Superintendencia de Pensiones* ». Cette pratique est entrée en vigueur à partir de janvier 2005 et s'est maintenue jusqu'à présent. La Commission a infligé une amende importante, équivalant pour la plupart des infracteurs à 10% des actifs de chaque entreprise. Dans le cas des deux principaux opérateurs, l'amende a été d'à peu près 935 mille euros pour l'opérateur de retraites de la Banque Populaire, et de quelques 880 mille euros pour l'opérateur de retraites de la Banque Nationale du Costa Rica⁶⁸.

⁶⁶ BRAULT, D. Politique et pratique du droit de la concurrence en France. L.G.D.J. Paris, France. 2004. Numéros 742 et s.

⁶⁷ COPROCOM. Décision 5 session 9-95 du 28 novembre 1995. Affaire sur le secteur de la production des glaçons. San José. Costa Rica.

⁶⁸ COPROCOM. Décision 11 session 17-09 du 16 juin 2009. Affaire sur le secteur des opérateurs des fonds de retraite. Ce cas est encore en cours de révision auprès du Tribunal Contentieux Administratif.

Au niveau international, il existe un consensus par rapport au fait que ce type de pratique ne peut être motivé que par la limitation de la concurrence. L'*International Competition Network* (ICN) s'est prononcée favorablement pour prioriser le contrôle des ententes. Trois éléments qui conforment ce type de conduite : a) un accord, habituellement sous la forme d'une conspiration secrète ; b) des concurrents, habituellement directs qui agissent suivant la même échelle de valeurs et, c) l'objectif de restreindre la concurrence. Malgré l'accord par rapport aux éléments du *hardcore cartel*, l'ICN informe qu'il n'existe pas d'harmonie par rapport au standard d'analyse qu'il faut appliquer pour ces accords. L'ICN fait référence à deux approches : l'une de type formel et l'autre de type économique⁶⁹. L'approche formelle correspond à l'application de la règle de l'illégalité *per se*, ce qui équivaut à un traitement « zéro tolérance ». Sur la base de cette règle, l'autorité de concurrence ne doit pas démontrer les effets économiques nocifs des accords ni analyser les arguments de défense pro-efficacité. Cette approche dont l'application a l'avantage d'être peu onéreuse (du fait que des enquêtes détaillées de marché ne sont pas nécessaires), est fortement dissuasive et sûre en ce qui concerne l'illégalité des conduites. Elle peut néanmoins mener à distraire des ressources destinées à des enquêtes et à sanctionner des accords qui n'ont pas nécessairement un impact significatif sur les marchés. Cette approche est généralement utilisée par les autorités des Etats-Unis et de la Communauté Européenne.

L'approche économique correspond à l'application de la règle de la raison, ce qui donne lieu à un traitement plus tolérant, tout en comprenant qu'il peut y avoir des circonstances suivant lesquelles ces accords ont des effets économiques positifs qui compensent les effets négatifs. Ceci oblige l'autorité à mener une enquête beaucoup plus détaillée et approfondie et donc, à effectuer de plus longues procédures. Cette approche évite des sanctions sur des accords entre des concurrents susceptibles d'avoir un effet positif sur l'efficacité et de concentrer les efforts de l'autorité sur des affaires plus importantes. Toutefois, pour sa mise en place, il faut que l'autorité développe et applique des outils plus sophistiqués d'enquête et d'analyse.

A ce sujet, l'étude commandée par le programme COMPAL de l'UNCTAD concernant les politiques de concurrence au Costa Rica, émet un avertissement sur le standard d'illégalité absolue de l'article 11. Dans la pratique, ce standard a amené la Coprocom à instruire des procès

⁶⁹ *International Competition Network*. Rapport 2005. P. 9 et s.

contre des agents économiques ayant une faible participation sur le marché, en raison d'accords de faible impact, à cause du montant engagé ou de la durée, ce qui a suscité des doutes sur le bénéfice par rapport au coût de ces interventions⁷⁰. Malgré cela, M. Edgar Odio, ancien commissionnaire de la Coprocom, recommande de ne pas innover par rapport au standard utilisé dans le pays, à savoir la règle « *per se* » pour les accords horizontaux⁷¹. Effectivement, vu les limitations normatives de la Coprocom, que l'on abordera postérieurement, il vaut mieux maintenir ce régime afin de faciliter le contrôle effectif des accords anticoncurrentiels par l'autorité nationale. Ce critère est aussi avalisé par M. Petrecolla, pour qui l'actuel régime reste en tout cas proche du critère en vigueur dans plusieurs juridictions importantes dotées d'une large expérience en politiques de concurrence et en fonction de la tendance générale en la matière, qui consiste à maintenir un standard de tolérance zéro vis-à-vis des quatre types d'accords visés par l'article 11⁷².

§2. Les pratiques monopolistiques « relatives » : Le contrôle des accords verticaux sur la notion du pouvoir substantiel sur le marché pertinent.

L'article 12 de la Loi 7472⁷³ énumère les pratiques monopolistiques « relatives », qui coïncident avec ce que l'on trouve habituellement en doctrine comme les restrictions verticales à la

⁷⁰ C'est parmi d'autres, le cas de l'affaire récemment sanctionné sur le marché des stationnements dans une aire géographique limitée à San José, et avec des sanctions inférieurs à dix mil euros pour chaque infracteur. Coprocom. Dossier D-005-06. Décision 7°, Session 24-2009.

⁷¹ ODIO ORHMOSER, E. et OLIVEIRA, G. *Proyecto para Costa Rica*. CR.1.5.1 Primer informe. UNCTAD / COMPAL. Genève, Suisse.

⁷² PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P. 23.

⁷³ L'article 12 de la Loi 7472 littéralement indique : Pratiques Monopolistiques Relatives. Sur base d'une démonstration préalable des éléments référés dans les articles 13, 14 et 15 de cette Loi, on considère comme pratiques monopolistiques relatives, les actes, les contrats, les conventions, les arrangements ou les combinaisons avec l'objet ou l'effet du déplacement inadéquat d'autres agents du marché, d'empêcher substantiellement son accès ou l'établissement des avantages exclusifs en faveur d'une ou de plusieurs personnes, dans les cas suivants : a. La fixation, l'imposition ou l'établissement de la distribution exclusive de biens ou de services, en raison du sujet, la situation géographique, ou pour des périodes de temps déterminées, y compris la division, la distribution ou l'assignation de clients ou fournisseurs, entre des agents économiques non compétiteurs entre eux ; b. L'imposition de prix ou des autres conditions que doit observer un distributeur ou fournisseur, au moment de vendre ou distribuer des biens ou offrir des services ; c. La vente ou la transaction conditionnée pour acheter, acquérir, vendre ou proportionner un autre bien ou service additionnel, normalement distinct ou distinguable, ou sur la réciprocité ; d. La vente ou la transaction conditionnée par le fait de ne pas utiliser, acquérir, vendre ni proportionner des biens ou des services disponibles et normalement offerts à des tiers ; e. La concertation entre plusieurs agents économiques ou l'invitation faite à eux pour exercer de la pression envers un client ou fournisseur, dans le but de le dissuader d'une

concurrence, tels que la distribution exclusive, les contrats d'exclusivité, l'imposition des prix ou des conditions de vente et les ventes liées. Dans la littérature et la pratique de la défense de la concurrence, le concept de restrictions verticales à la concurrence se réfère aux pratiques mises en place par les fabricants et les fournisseurs et ayant trait à la revente de leurs produits. En général, ces pratiques ont besoin d'un accord entre des agents économiques localisés à différentes étapes de la chaîne de valeur, et cela explique qu'elles soient nommées « accords verticaux »⁷⁴.

L'article 12 fait état d'une série de restrictions verticales à la concurrence et que celles-ci se matérialisent majoritairement sous la forme d'accords verticaux entre deux ou plusieurs agents, il est possible d'assimiler les pratiques monopolistiques relatives décrites dans la Loi 7472 avec les accords verticaux ou accords entre non compétiteurs⁷⁵. Malgré cela, il faut signaler que l'article 12 de la Loi 7472 inclut comme pratique monopolistique relative, la conduite de type unilatérale ou individuelle de prédation de prix⁷⁶, qui normalement n'implique pas des accords ou des contrats avec d'autres agents économiques.

En revenant sur la question posée quelques lignes plus haut, à savoir si la norme costaricienne incorpore le contrôle sur « l'abus de position dominante », présent dans la norme française dans l'article L.420-2, ainsi que sur des conduites unilatérales, il semble que l'article 12 inclut non seulement les accords verticaux mais aussi les conduites individuelles. Dans le but d'éclairer plus en détail les pratiques régulées par la norme costaricienne sur base de l'article 12, on fait référence aux pratiques anticoncurrentielles incorporées dans la norme transcrite, et qu'ont été reprises par le législateur dans la Loi Générale de Télécommunications.

conduite déterminée, d'appliquer des représailles ou de l'obliger à se comporter d'une manière déterminée; f. La production ou commercialisation de biens et de services à des prix inférieurs à leur valeur normale ; g. En général, tout acte délibéré qui provoque la sortie des compétiteurs d'un marché ou empêche leur rentrée sur ce dernier.

⁷⁴ UNCTAD-TD/RBP/CONF.5/7Rev.3, 2007.

⁷⁵ PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (UNCTAD). Gèneve, Suisse. 2008. P. 14.

⁷⁶ La lettre de l'article 12 en étude, par rapport à la prédation des prix, devient confuse du fait qu'elle fait référence à la vente en-dessous de la valeur normale, ce qui peut être interprété comme le prix usuel du marché. Cependant, vu les antécédents où la Coprocom a dû étudier cette problématique, elle a toujours fait référence au prix du coût moyen variable, suivant les meilleures recommandations des organismes internationaux.

D'abord, la norme se réfère à la distribution exclusive, dans la mesure où un acte peut limiter la concurrence intra marque, c'est-à-dire la rivalité dans la commercialisation d'une même marque par différents agents. La concurrence devient importante principalement quand il existe des options limitées ou lorsqu'il n'y a aucun produit de substitution pour le consommateur. « Ce type de conduite donne lieu à l'intégration des agents économiques, en supprimant la concurrence entre les distributeurs indépendants et en délimitant leurs comportements en fonction des clients, de la région géographique ou d'une période de temps déterminée. Cela permet à l'entreprise d'agir comme si elle était intégrée verticalement dans la distribution de ses produits. Ce qu'on cherche c'est d'éviter qu'un agent économique pourvu d'un pouvoir substantiel dans un marché aux options limitées, puisse segmenter ce marché en fonction du temps, de l'espace et des clients »⁷⁷. Il est clair que l'objectif de cette prohibition est de restreindre la possibilité de contrôle que le fournisseur peut avoir envers la concurrence tout au long de la chaîne de distribution, ce qui peut renforcer sa condition et ainsi établir des mécanismes d'exclusion des concurrents actuels ou potentiels, ou encore manipuler les prix à n'importe quel moment de son activité commerciale⁷⁸.

L'article 12 fait aussi référence à l'imposition de prix ou à d'autres conditions que doit considérer un distributeur. La Coprocom est intervenue en juillet 2001 dans une affaire survenue à la suite d'une plainte contre l'entreprise *PepsiCo Int.*, concernant le marché des boissons gazeuses et fruitées. Elle a déterminé qu'*Embotelladora Panamco Tica* (Entreprise en position dominante chargée de la mise en bouteille des boissons *Coca Cola*) établissait dans ses contrats des clauses liées aux prix au consommateur, et parfois obligeait le commerçant à respecter ces prix. De même, l'entreprise établissait des volumes minimums d'achat et l'exclusivité des équipements de réfrigération. Le problème dans ce cas, selon la Commission, était l'imposition par le principal fournisseur de boissons, de volumes minimums équivalents ou proches du total des ventes dans l'établissement, ce qui suppose d'une façon indirecte une exclusivité, et donc le déplacement des concurrents. La Coprocom a infligé à l'entreprise une amende de près de 45.000,00 Euros, pourtant peu dissuasive pour ce comportement. En outre, l'Organe de concurrence a obligé l'agent infracteur à éliminer les dispositions des contrats et à permettre l'accès aux équipements

⁷⁷ GUILLEN, I. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. MEIC. San José, Costa Rica. 2006. P. 29.

⁷⁸ Voir à ce sujet : Coprocom, Décision 9, Session 35-2002, du 19 novembre 2002. Affaire : Transmission en exclusive de la Coupe du monde de football sur Radio Reloj.

dans les cas des établissements commerciaux ou économiques où il était matériellement difficile, voire impossible d'utiliser d'autres équipements de réfrigération⁷⁹.

Les ventes liées sont aussi visées dans l'article 12 de la Loi 7472. Selon le développement jurisprudentiel de la Coprocom, il faut d'abord deux produits différents et l'un d'entre eux ne peut être obtenu que si on acquiert aussi le second. De plus, le vendeur a suffisamment de pouvoir substantiel sur le marché du produit lié pour en limiter la concurrence sur le marché. Finalement, une importante partie du commerce sur le marché du produit lié est affectée par l'accord, de manière telle que l'infracteur utilise son pouvoir sur un marché pour influencer la concurrence sur un autre⁸⁰.

Quant aux accords d'exclusivité, la Coprocom a aussi connu des affaires relatives à des ventes conditionnées. L'Organisme a indiqué que pour évaluer cette pratique, il n'est pas nécessaire qu'elle soit généralisée⁸¹. Il suffit qu'elle soit dirigée vers un seul agent économique. C'est encore plus restrictif si la pratique s'opère dans un canal de distribution important. Cependant, il faut remarquer que la prohibition n'inclut pas le comportement unilatéral du distributeur final, dans le cas où lui-même décide, sans qu'il y ait conditionnement de la part de son fournisseur, de vendre une ou plusieurs marques au public. De même, la mise à l'étude de la norme costaricienne fait référence au terme connu en doctrine comme le *boycott vertical*. Il s'ensuit des accords parfois même entre des agents concurrentiels, ce qui évidemment coïncide par la forme avec les pratiques absolues, mais qui se différencient des accords de l'article 11 par leurs effets ou objectifs poursuivis. La Coprocom a déjà analysé des agissements d'agents, par exemple dans le cas du marché du riz, qui a opposé le secteur industriel du riz aux producteurs. Comme indiqué plus haut, l'article 12 incorpore aussi l'interdiction des prix prédateurs sur le droit général de la concurrence. A ce sujet, on a noté que la Coprocom interprète à la lettre la norme qui fait référence à la « valeur normale » comme paramètre pour analyser les prix prédateurs.

⁷⁹ Voir : Coprocom. Décision 6°, Session 19-04, du 25 mai de 2004. Dossier D-007-01. Affaire *PepsiCo Inc vs. Coca Cola Company et Embotelladora Panamco Tica S.A.*

⁸⁰ La Coprocom s'est prononcée à ce sujet sur différentes affaires, comme par exemple, l'affaire de la *Chambre Nationale de Producteurs d'œufs* contre la *Corporación Rica Food Inc.* Coprocom. Décision 5°. Session 16-2001 du 15 mai 2001.

⁸¹ Voir à ce sujet : Coprocom. Décision 4°, Session 9-1995 du 28 novembre 1995. Dossier 02-95. Affaire: *Sigma Dam Accesorios Eléctricos de Centroamérica S.A. vs Bticino de Costa Rica S.A.*

Néanmoins, la Commission interprète que cette valeur doit correspondre plutôt au coût moyen total.

Finalement, l'alinéa g de l'article 12 correspond à une infraction très générale. La norme définit comme pratique monopolistique relative « *tout acte délibéré visant à faire sortir les compétiteurs du marché ou à empêcher qu'ils y aient accès* ». En rapport à cet alinéa, la Coprocom a indiqué que les autorités costariciennes ont été très prudentes dans son application. En effet, au Mexique, cet alinéa fut déclaré inconstitutionnel, ce qui mit la Commission Fédérale de Concurrence en difficulté »⁸². Malgré cela, la Coprocom a récemment sanctionné une entreprise publique chargée de l'administration du réseau de distribution de l'énergie locale, sur la base d'un accord de sa Direction de refuser l'accès au réseau à l'une des principales entreprises de câble. Le motif de ce refus était l'intérêt potentiel de la Direction de l'entreprise publique de développer son réseau pour offrir des services de télécommunications dans le contexte de l'ouverture imminente du marché, et empêcher dès lors que l'entreprise de câble puisse gagner du terrain. Cette décision vient d'être confirmée par le Juge Contentieux Administratif. Ceci donne désormais plus d'assise à la Coprocom pour la mise en application de cet article, particulièrement en fonction de la théorie des installations essentielles, que l'on développera postérieurement, et sur la base de l'importance manifeste qu'elle détient pendant la période de transition du monopole vers l'ouverture du secteur destélécommunications.

Il est clair pourtant que l'article 12 régule non seulement des accords de type verticaux mais aussi des pratiques d'abus de position dominante. Pour l'ancien Président de l'Autorité Nationale de concurrence d'Argentine, M. Petrecola, « *Prima Facie, le texte de l'article 12 ne semble pas exiger, comme condition préalable pour la mise en place d'une pratique monopolistique relative, qu'il y ait un accord entre des agents économiques. Tel que l'a déjà mis en évidence la Coprocom, l'article inclut la prédation de prix qui n'a pas besoin du concours de plus d'un agent économique et est clairement une conduite individuelle et unilatérale. En principe, une conduite unilatérale de vente liée de la part d'une seule entreprise occupant une position dominante, par*

⁸² PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*. Genève, Suisse. 2008. P. 16.

exemple, et visant à l'exclusion, peut être analysée sur la base des alinéas c) ou d) »⁸³. Dans le même sens, le refus de vente ou d'accès exercé par une seule entreprise dominante en vue d'exclusion, peut aussi devenir une pratique anticoncurrentielle, selon le droit de la concurrence interne.

Toutefois, pour établir qu'une pratique monopolistique relative ait été commise, la Loi prévoit trois instances démonstratives : d'abord, que l'infracteur supposé dispose de pouvoir substantiel⁸⁴ sur le marché pertinent⁸⁵; ensuite, qu'il ait commis l'une des pratiques énumérées dans l'article 12 et que l'on vient de résumer et, enfin, que l'objet ou l'effet de la pratique soit ou puisse être soit le déplacement injuste d'autres agents en dehors du marché, soit l'imposition de barrières substantielles à l'accès audit marché, soit la mise en place d'avantages exclusifs en faveur d'une ou de plusieurs personnes. Ce dernier élément semble donner lieu à l'analyse des efficacités et à l'application de ce qu'on connaît en doctrine comme « la règle de la raison ».

Du point de vue substantiel et d'après la définition des pratiques anticoncurrentielles, le droit costaricien inclut la plupart des pratiques développées par le droit français, en dépit, évidemment, de certaines différences et d'une base conceptuelle particulière. Cependant, ce n'est pas le droit substantiel proprement dit qui empêche la Coprocom de devenir de plus en plus efficace dans l'application des instruments pour le contrôle effectif de la concurrence sur le marché interne. Le droit interne de la concurrence du Costa Rica est le reflet du droit mexicain, qui a dû être modifié

⁸³ PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*. Genève, Suisse. 2008. P. 16.

⁸⁴ Loi de Promotion de la Concurrence et Défense effective du consommateur, Numéro 7472, définit le pouvoir substantiel dans l'**Article 15 : Pouvoir substantiel sur le marché**. « Pour déterminer si un agent économique a un pouvoir substantiel sur un marché pertinent, il faut considérer : a. La participation sur le marché et ses possibilités de fixer les prix unilatéralement ou de limiter, d'une manière substantielle, l'approvisionnement sur le marché pertinent, sans que les autres agents puissent, actuellement ou dans l'avenir, compenser ce pouvoir ; b. L'existence de barrières à l'entrée et d'éléments qui, de manière prévisible, puissent altérer aussi bien ces barrières que l'offre d'autres concurrents ; c. L'existence et le pouvoir de ces concurrents ; d. Les possibilités d'accès de l'agent économique et ses concurrents aux sources des facteurs de production ; e. Son comportement récent. (...) ».

⁸⁵ Loi de Promotion de la Concurrence et Défense effective du consommateur, Numéro 7472, définit le marché lié à l'**Article 14 : Marché pertinent**. « Pour déterminer le marché pertinent, il faut considérer les critères suivants : a. Les possibilités de substituer le bien ou le service par d'autres d'origine nationale ou étrangère, en tenant compte des possibilités technologiques, des options des consommateurs de disposer de substituts et du temps nécessaire pour effectuer de telles substitutions ; b. Les coûts de distribution du même bien, ses compléments et substituts, soit sur le territoire national ou étranger (...) ; c. Les coûts et les possibilités des consommateurs d'avoir accès à d'autres marchés ; d. Les restrictions normatives, nationales ou internationales, qui limitent l'accès des consommateurs aux moyens alternatifs d'approvisionnement, ou celui des fournisseurs aux clients alternatifs ».

à cause des limitations de l'organisme, et dans le but de rechercher une autorité aux pouvoirs renforcés et aux capacités d'intervention efficaces. Lors de la célébration du quinzième anniversaire de la Coprocom, activité qui s'est déroulée en août 2010 à San José, en présence d'importants représentants et Présidents des autorités nationales de concurrence et d'organismes internationaux⁸⁶, les professionnels présents ont conclu à l'unanimité que le bilan de la Coprocom était positif malgré certaines limitations. La Coprocom est la première Agence de concurrence d'importance de la Région d'Amérique Centrale. Cependant, plusieurs éléments ont beaucoup limité son champ d'action : une structure institutionnelle limitée, un budget absolument dérisoire lié à une dépendance économique inacceptable, la carence d'instruments et de pouvoirs modernes d'investigation, et des restrictions normatives propres, qui font partie de l'ensemble des limitations de l'Agence nationale de concurrence.

CHAPITRE 2.- Les limites du droit général de la concurrence à l'origine de la naissance d'un régime sectoriel de la concurrence

Mario Umaña, représentant de la Banque Inter Américaine de Développement (BID), reconnaît que la Coprocom fait partie des principales autorités régionales. Cependant, il est également conscient qu'il y a encore beaucoup à faire pour que l'autorité nationale de concurrence soit pourvue de moyens d'intervention plus efficaces⁸⁷. Le droit costaricien de la concurrence est loin d'être aligné sur les normes des principaux régimes de droit et des meilleures pratiques internationales. Comme la Commission européenne, l'agence nationale de concurrence a établi des relations avec diverses organisations internationales telles que l'UNCTAD, l'OCDE, et l'*International Competition Network* (ICN). L'activité déployée au sein de ces organismes est

⁸⁶ Parmi les professionnels présents qui ont fait référence au bilan de la Coprocom lors de son quinzième anniversaire, il faut distinguer la présence du Président de Comité de concurrence de l'OCDE et Juge à la Cour de Cassation (Paris), M. Frederick Jenny ; L'ancien Président de l'autorité australienne de concurrence, M. Allan Fels ; le Président de l'autorité chilienne de concurrence, M. Tomas Menchaca ; le Président de l'autorité espagnole de concurrence, M. Luis Berenguer ; le Directeur des programmes des politiques de coopération pour le développement de la Banque Inter Américaine de Développement, M. Mario Umaña ; le Président de la Coprocom, M. Stephan Brunner ; l'ancienne Directrice Exécutive de la Coprocom, Mme. Pamela Sittenfeld ; la Ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Commerce du Costa Rica, Mme. Mayi Antillon, et le Vice-président de la République du Costa Rica, M. Luis Liberman.

⁸⁷ UMAÑA, M. Discours du représentant de la Banque Inter Américaine du Développement, lors de la commémoration du quinzième anniversaire de la Coprocom. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

loin d'être négligeable. Ainsi, pour ne prendre que l'exemple de l'ICN, c'est à la suite d'une recommandation de ce forum informel que l'Union Européenne et la France ont modifié leur réglementation en matière de contrôle des concentrations afin de rendre possible la notification de simples projets de concentration⁸⁸. Les autorités de concurrence - la Coprocom y compris - veillent particulièrement à ce que leur droit soit parfaitement en conformité avec les recommandations de l'ICN établies par les principales autorités de concurrence mondiale.

La Coprocom, tout au long de son existence, a rencontré des obstacles dans l'exercice de son activité. Des limitations financières, des enquêtes qui, malgré des pratiques anticoncurrentielles suspicieuses, n'aboutissent à rien, des affaires non condamnées du fait que l'Agence se trouve dans l'impossibilité de prouver les faits, et surtout, les exceptions à l'application de la loi à l'origine des secteurs dits intouchables. Ceux qui connaissent ces limitations comprennent la difficulté et comme la plupart des spécialistes, reconnaissent malgré tout l'effort de la Coprocom. Pourtant, l'opinion publique s'est formée une autre opinion du bilan de la Coprocom. Il s'agit de celle qui est soutenue par les législateurs lors de l'étude du Projet de loi pour l'ouverture du secteur des télécommunications. A son avis, l'expérience de la Coprocom sur d'autres secteurs était encore insuffisante et représentait un risque que l'on ne pouvait pas assumer au cours du processus de libéralisation du marché⁸⁹.

Le critère du législateur met en évidence la justification à priori de la création d'un régime sectoriel de concurrence propre pour le secteur des télécommunications. Désormais, les compétences en matière de contrôle et sanction des pratiques anticoncurrentielles reposent exclusivement sur l'Autorité de régulation, la Sutel. Cependant, à première vue, la lecture du choix politique semble erronée. Il faudrait tenir compte que ce n'est pas nécessairement la délégation de compétences sur l'autorité de régulation qui assure l'efficacité du contrôle de la concurrence sur le marché, mais plutôt des réformes au niveau des règles qui affectent de manière décisive l'efficacité du droit de la concurrence.

⁸⁸ Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre. Ententes, abus de position dominante, concentrations économiques. Droit communautaire et Droit Français. Editions Francis Lefebvre. Paris, France. 2004. No. 1190.

⁸⁹ Voir à ce sujet les actes du Projet de Loi N° 16.398, Assemblée Législative. San José, Costa Rica.

En tout cas, les rapports entre la régulation sectorielle et les règles du droit de la concurrence, se caractérisent parfaitement par la complémentarité. Ensemble, les deux sont souvent qualifiés d'instruments complémentaires, mis en œuvre pour promouvoir le développement des marchés des communications effectivement concurrentiels au bénéfice des utilisateurs⁹⁰. Mis à part les conflits potentiels entre les finalités purement économiques du droit de la concurrence et l'accomplissement de missions extra économiques d'intérêt général, assuré par la régulation sectorielle, la source des tensions entre les deux groupes de règles réside dans leur approche différente du traitement et contrôle du pouvoir de marché. Cette divergence d'optique, révèle pour la plupart des auteurs leur caractère complémentaire⁹¹. En amont, la régulation sectorielle définit de manière préventive les conditions du jeu concurrentiel et en aval le droit de la concurrence sanctionne les comportements anticoncurrentiels et répare *ex post* les dommages causés par des pratiques illégales⁹².

Une brève typologie des modèles institutionnels normalement présents dans l'expérience internationale, révèle la présence des deux acteurs principaux : l'organe transversal responsable

⁹⁰ Voir à ce sujet, la communication de la Commission du 6 février 2006 sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire/Consolidation du marché intérieur sur les communications électroniques COM (2006) 28, p.4. *Adde* l'étude thématique du Conseil de la concurrence sur les monopoles publics, *Rapport* pour 2003, p.79; GOSSET-GRAINVILLE (A.), GOSSET – GRAINVILLE (A.), Le cadre juridique de la détermination et de la mise en œuvre des remèdes en France et en Europe, in Atelier de la concurrence DGCCRF, Les remèdes dans les opérations de concentration : fondements, bilan et perspectives, n° 156. Paris, France. 2007. p.151.

⁹¹ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 42. Pour M. GALANIS, ce schéma est justement une approche préventive vis-à-vis du pouvoir de marché qui est privilégiée, au détriment de l'approche essentiellement curative du droit de la concurrence. La justification avancée pour cette option, invoque l'intervention souvent tardive du droit des pratiques anticoncurrentielles et souligne l'importance du facteur temps pour ces marchés hautement concurrentiels. Les règles spécifiques s'appliquent alors *ex ante*, d'une façon préventive, parce qu'il y a une sorte de présomption d'abus de position dominante et de forclusion des marchés, qui pèse notamment sur les opérateurs historiques. Dans la pratique, grâce à leur caractère prophylactique, les règles sectorielles préviennent l'application du droit de la concurrence, une réalité qui met en lumière le choix fait entre les deux formes d'intervention, qui constituent des voies alternatives d'intervention sur les marchés. M. GALANIS fait aussi référence à différentes approches des formes d'intervention : Le professeur IDOT (L.), Convergence des approches nationales ? Règles de concurrence et régulations sectorielles, *op. cit.*, p.393, met en avant cette réalité et le fait que les textes sectoriels limitent le recours à la théorie des « facilités essentielles » (p.396). Les professeurs LAFFONT (J.-J.) et TIROLE (J.), *Competition in telecommunications, The Munich lectures*, 2000, p.277, plaident pour le caractère alternatif de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence. Dans le même ordre d'idées, les Professeurs Damien GERADIN et Gregory SIDAK, *European and American approaches to antitrust remedies and the institutional design of regulation in telecommunications in CAVE*, MAJUMDAR, VOGELSANG (éd), *Handbook of telecommunications economics*, vol. 2, Oxford University Press, 2004, p.2 (version téléchargeable sur le site <http://papers.ssrn.com>) soulignent que la régulation sectorielle est une alternative aux remèdes issus de l'application du droit antitrust (, *industry specific regulation is an alternative to reliance on antitrust-based remedies*).

⁹² Voir à ce sujet, CHEROT (J.-Y.), L'imprégnation du droit de la régulation par le droit communautaire. LPA, N° 110, du 3 juin 2002. Paris, France. P.19.

pour la concurrence (Autorité Nationale de la Concurrence) et les régulateurs sectoriels (autorités de régulation nationales)⁹³. Le risque élevé que l'autorité chargée du contrôle de la concurrence sur le marché soit capturée - soit par l'industrie, soit par le pouvoir politique - a suscité de sérieuses préoccupations au sein de la Commission Législative, auteur du projet de loi générale des télécommunications. La Commission Législative a cherché en principe, à établir les paramètres idéaux pour promouvoir le libre jeu de la concurrence dans le secteur des télécommunications. Le sentiment d'une expérience encore décevante de la Coprocom et la pression sur la nécessité de garantir le libre jeu de la concurrence dans le secteur des télécommunications, sans oublier bien sûr, le simple choix politique comme principal fondement, sont à l'origine de la création d'un régime sectoriel de concurrence en charge de la SUTEL, autorité de régulation sectorielle. Mais, quels sont alors les fondements de la perception défavorable de la Coprocom auprès des législateurs ? Tout d'abord, il faut faire référence aux limitations institutionnelles et normatives (**Section 1**), pour ensuite faire le point sur l'absence des instruments et pouvoirs d'enquête et de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles (**Section 2**).

Section 1.- Les limitations institutionnelles et normatives à l'origine d'une expérience encore décevante

L'autorité costaricienne de concurrence (COPROCOM) est née dépourvue de certains outils indispensables pour contrôler la concurrence sur les marchés de façon efficace. Tout d'abord, depuis 1995, il existe plusieurs limitations d'ordre technique et budgétaire (§1). Deuxièmement, sa structure fait l'objet de débats par rapport à l'indépendance de l'unité technique et de l'organe décisionnaire (§2). Enfin, la COPROCOM doit lutter contre les exceptions et limitations du cadre légal établies par sa Loi de création. La Loi 7472 est un instrument restrictif et limitatif (§3).

⁹³ Les autorités spécialisées sont nommées par la doctrine « autorités de régulation nationales » ou bien « autorités réglementaires nationales ». Le premier correspond au vocable consacré par les directives de 2003 relatives aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (article 23 de la directive n° 2003/54 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, JOUE L 176 du 15 juillet 2003, p.37) et du gaz (article 25 de la directive n° 2003/55 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, JOUE L 176 du 15 juillet 2003, p.57). Voir à ce sujet : RODRIGUES, S. Les circonstances communautaires de l'émergence des autorités de régulation nationales. JCP Cahiers de droit de l'entreprise, numéro 2. Paris, France. 2004. P.2.- D'autres auteurs préfèrent l'ancien vocable, selon eux plus correct, dans la mesure où les directives ne l'ont pas remis en cause. Voir : GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctoral sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 42.

§1. Les limitations techniques et budgétaires

L'effort de l'agence nationale de concurrence est sans aucun doute digne de reconnaissance lorsque l'on met en évidence ses limitations techniques et budgétaires. Tout d'abord, il faut rappeler que la Coprocom est intégrée par dix membres, dont cinq titulaires et cinq suppléants. Les membres ne travaillent pas à plein temps à la Commission. Ils ont une session de travail tous les mardis après-midi, c'est-à-dire une seule fois par semaine, sans oublier qu'ils perçoivent une rémunération inférieure à € 50 euros par session. Ce sont eux qui finalement doivent résoudre les affaires et rendre des comptes de leur agissement face aux acteurs du débat politique et aux organes juridictionnels.

La Coprocom délègue à l'Unité Technique (l'UTA) l'instruction de procédures administratives, sa surveillance et l'enquête sur des marchés concentrés ainsi que la réalisation d'enquêtes nécessaires pour déterminer une sanction possible des pratiques anticoncurrentielles. Cette unité technique n'est composée actuellement que de 15 personnes (3 occupants des postes administratifs et 12 professionnels) qui travaillent à plein temps. Selon l'étude mise en place en 2007 et 2008 par l'UNCTAD, une forte rotation professionnelle à l'intérieur de l'UTA a été observée. Ceci –selon l'étude- empêche l'accumulation des connaissances et l'expérience au niveau des ressources humaines⁹⁴. « Il faut voir que le stock des procédures de l'UTA en mai 2007 était d'environ 100, ce qui signifie en moyenne 8 procédures par professionnel et 33 par assistant administratif. Cela met en évidence la pénurie en ressources humaines qui doivent souvent organiser des enquêtes complexes qui demandent du temps. D'autre part, cela se traduit par un retard excessif dans le traitement des procédures auprès de la Coprocom »⁹⁵. Ceci est confirmé par l'actuelle directrice exécutive de la Coprocom, Mme. Victoria Velázquez, pour qui « *le personnel est insuffisant pour faire face aux enquêtes et procédures, l'administration des*

⁹⁴ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P. 30.

⁹⁵ IBID. P. 31.

ressources et la réalisation des activités de diffusion. Les enquêtes et les procédures devraient prendre beaucoup moins de temps »⁹⁶.

Au niveau budgétaire, la Coprocom et l'Unité technique dépendent du Ministère de l'Economie, l'Industrie et du Commerce (MEIC). Les ressources disponibles à travers le Budget national sont, pour l'année 2011, de ₡ 315 millions, environ 450 mille euros, somme qui sert principalement (94%) à couvrir les salaires des fonctionnaires de l'Unité Technique⁹⁷. Par ailleurs, le MEIC apporte son soutien administratif, tout en fournissant des outils et des services, tels que la messagerie informatique et la comptabilité, entre autres. Ceux-ci ne constituent pas le budget propre de la Coprocom, mais pourtant ils entraînent une certaine dépendance administrative et budgétaire par rapport au MEIC, et au gouvernement. De plus, cela génère une perte d'efficacité de l'Unité Technique, selon ce que manifeste Mme. Velázquez. D'après elle, la gestion d'appui du Ministère de l'Economie (MEIC) sur des sujets tels que les ressources humaines, les fournitures, la comptabilité, la messagerie et d'autres services généraux, prend beaucoup de temps en raison de la bureaucratie interne, ce qui réduit le temps disponible du personnel de l'Unité Technique. L'idéal serait de disposer d'un département indépendant pour les affaires administratives⁹⁸. Il est clair alors que le budget de la Coprocom est très limité, surtout s'il est principalement dédié au financement des salaires. En outre, il faut considérer que le salaire d'un professionnel de l'Unité Technique ne dépasse pas les ₡1.500,00, somme très peu compétitive face aux salaires d'un professionnel dans le secteur privé. *« Il est nécessaire d'avoir des ressources pour la formation et mise à jour des professionnels, l'acquisition de matériel bibliographique, la sous-traitance de certains segments des enquêtes (enquête de marchés, consommation, etc.), la diffusion de la culture de concurrence, entre autres... »⁹⁹*. Selon le critère de Mme. Velázquez, *« compter sur plus de personnel devrait permettre à la Commission de donner une meilleure suite aux affaires qui relèvent de sa compétence. Il faudrait du personnel uniquement en charge des affaires administratives, d'autre pour la partie concernant l'exécution*

⁹⁶ VELAZQUEZ, V. (Directrice Exécutive de la Coprocom). Entretien du 13 octobre 2010. San José, Costa Rica.

⁹⁷ Données facilitées par VELAZQUEZ, Victoria. Entretien du 13 octobre 2010. San José, Costa Rica.

⁹⁸ VELAZQUEZ, V. Entretien du 13 octobre 2010. San José, Costa Rica.

⁹⁹ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos. ("Peer Review")*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P.

de projets et la relation avec les organes de régulation, et surtout beaucoup plus de personnel pour mener les enquêtes et les procédures administratives liées aux sanctions »¹⁰⁰.

Au cours de l'étude de la normative costaricienne sollicitée par l'UNCTAD, M. Diego Petrecolla a recommandé de doter la Coprocom et son Unité Technique d'une plus forte indépendance institutionnelle par rapport à l'Administration et à la capacité de lobby des agents économiques¹⁰¹. Ses recommandations font partie d'une série d'actions visant à renforcer les capacités techniques et budgétaires, et améliorer ainsi l'efficacité de l'autorité nationale. Mme. Velázquez fait aussi référence au besoin de filtrer les affaires afin de choisir celles qui auront un plus grand impact, tout en accompagnant la stratégie d'une bonne divulgation et promotion dans les différents médias. Il faut –à son avis- un changement dans la norme afin de permettre d'établir un filtre dans la connaissance des affaires, ainsi que des instruments de conciliation pour mettre fin à une pratique tout en évitant des dommages majeurs¹⁰², ce qui est déjà prévu dans le projet de réforme intégrale à la Loi nationale de la concurrence.

§2. Le débat sur l'indépendance de l'autorité de concurrence

D'après l'étude sur la normative nationale faite par l'UNCTAD, l'actuelle structure institutionnelle ne donne pas à la Coprocom un degré suffisant d'autonomie par rapport à l'administration gouvernementale, car : i) C'est un organe interne du Ministère de l'Economie, l'Industrie et du Commerce (MEIC), même s'il opère sous la figure d'organe de « déconcentration maximum » ; ii) Les commissionnaires sont désignés par le Président de la République, sur recommandation du MEIC et les conditions pour leur révocation sont peu exigeantes ; iii) Elle n'a pas un budget distinct de celui de l'Administration centrale du gouvernement ; iv) Les commissionnaires n'exercent pas leurs fonctions de manière exclusive ou permanente¹⁰³.

¹⁰⁰ VELAZQUEZ, V. (Directrice Exécutive de la Coprocom). Entretien du 13 octobre 2010. San José, Costa Rica.

¹⁰¹ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P. 49.

¹⁰² VELAZQUEZ, V. (Directrice Exécutive de la Coprocom). Entretien du 13 octobre 2010. San José, Costa Rica.

¹⁰³ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P.

La problématique au sujet de l'indépendance est de savoir s'il existe des moyens pour l'assurer entièrement. Maître Dominique Brault considère qu'il n'y a pas de réponse objective à cette question. « Chacun a la sienne car l'indépendance d'un organisme d'Etat qui est censé être affranchi de toute tutelle ou influence politique de l'Entreprise a préconisé la constitution au sein du Conseil d'une « chambre spéciale » totalement indépendante de l'Administration pour être en mesure de contenir ce que ce groupe de pression considère comme des débordements déloyaux d'entreprises publiques dans des secteurs de diversification. En sens inverse, on observe que le Parlement commence à manifester certaines préoccupations au sujet de la légitimité d'une autorité qui est complètement indépendante du pouvoir politique et qui, soumise seulement à un contrôle juridictionnel, échappe à ce qu'il est convenu d'appeler le contrôle démocratique »¹⁰⁴.

Malgré l'impossibilité d'établir un régime structurel absolument indépendant des pouvoirs politiques et de l'industrie, il est certain qu'il existe de bonnes pratiques internationales, sur lesquelles on peut prendre exemple afin de donner plus de garanties au corps décideur. D'après Maître Brault, « l'indépendance des institutions administratives spécialisées est quelque chose qui se construit et se sauvegarde en permanence et qui ne peut pas être totale »¹⁰⁵. Ainsi, on peut travailler sur base des recommandations des organismes de coopération afin d'établir des conditions plus favorables au développement d'une entité de plus en plus indépendante.

Selon l'étude de M. Théodoros Galanis, la doctrine internationale fait le point surtout sur le risque élevé de capture du régulateur sectoriel par l'industrie régulée. Ce sujet, suivant ses considérations, a suscité les plus vifs débats théoriques¹⁰⁶. Les origines professionnelles et la spécialisation des agents du régulateur sectoriel, ainsi que leur contact continu avec les firmes régulées, les exposent aux pressions des groupes d'intérêts émanant de l'industrie elle-même ou

¹⁰⁴ BRAULT, D. Politique et Pratique du droit de la concurrence en France. L.G.D.J. Paris, France. 2004. N° 1049 et ss.

¹⁰⁵ IDEM.

¹⁰⁶ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 42. M. Galanis fait référence dans son ouvrage aux travaux de G. Stigler, R. Posner et S. Peltzman, qui sont tous à la base de la théorie du régulateur. STIGLER, G. *The theory of economic regulation*, 2 *Bell Journal of Economic Regulation*, 1971, pp.3-21; POSNER, A. *Theories of economic regulation*, 5 *Bell Journal of Economic Regulation*, 1974, pp.335-358; PELTZMAN, S., *Towards a more general theory of regulation*, 19 *Journal of Law and Economics*, 1976, p.211.

des lobbies de toute sorte¹⁰⁷. Il est manifeste que la proximité de l'agence avec le secteur régulé, donne lieu à la possibilité de manipulations. Les autorités de la concurrence, avec un personnel plus diversifié et une intervention horizontale sur les marchés, sont moins sujettes à la capture¹⁰⁸. Il est également à noter que les possibilités de contrôle politique, entendue comme l'intervention induite des politiciens ou des groupes politiques dans les décisions des régulateurs, ne sont pas très élevées, car l'indépendance des régulateurs par rapport à la tutelle et les pressions politiques est d'habitude garantie. Elles ne peuvent pas toutefois être totalement exclues.

Les risques de capture peuvent être atténués par une participation accrue des tiers (consommateurs, concurrents) dans les procédures de décision et une plus grande transparence. Un meilleur encadrement de l'action du régulateur et des limites à son pouvoir discrétionnaire pourrait aussi constituer une solution appropriée. La multiplication des « principaux », c'est-à-dire des acteurs qui pourraient intervenir dans le processus décisionnel du régulateur sectoriel, à savoir les juridictions de contrôle, les autorités de la concurrence, ou même des arbitres indépendants, est aussi proposée. Les coûts et les pertes en matière de rapidité pourraient pourtant s'avérer prohibitifs pour de telles solutions¹⁰⁹.

Sur la base des raisons exposées, dans le cas du Costa Rica il y a un risque potentiel de capture du régulateur du secteur des télécommunications, particulièrement de la part des acteurs même de l'industrie. Cependant, le risque de capture de l'autorité nationale de concurrence est aussi élevé, et subsiste dans le modèle organisationnel actuel de la Coprocom. Nous venons de constater que sa structure ne garantit pas son indépendance. Il est évident que son dépendance administrative du Ministère de l'Economie, l'Industrie et du Commerce, et surtout la relation de contact entre les

¹⁰⁷ Pour un exemple concret, voir les pointes décochées par Dieter WOLF, La régulation et la concurrence en Allemagne, *LPA* du 10 juillet 1998, n° 82, p.9. L'ancien président de l'ANC allemande (*Bundeskartellamt*), aux membres de l'ancien RegTP (devenu BNetzA), le régulateur allemand des télécommunications : Plusieurs d'entre eux avaient travaillé pour *Deutsche Telekom*, l'ancien opérateur public.

¹⁰⁸ LASERRE (B.), Qu'est-ce qu'un régulateur ? *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations économiques*. Sous la direction de Jean-Marie CHEVALIER, Ivar EKELAND, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Michel KALIKA. PUF. Paris, France., 2002. p. 46.

¹⁰⁹ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 57.

membres décideurs et les entreprises ou associations d'entrepreneurs¹¹⁰, risquent constamment de dépasser la ligne d'impartialité de l'Organe. Si bien que jusqu'à présent, il n'existe aucune accusation ou présomption valide d'ingérence des pouvoirs politiques ou du milieu des affaires dans les décisions de l'Agence, cela grâce au respect des Ministres vis-à-vis de l'autonomie technique de la Commission et, surtout, de l'intégrité morale de ses membres et l'interprétation large du régime d'inhibition établi au « Code de Procédure Civile »¹¹¹. Comme l'indique le professeur Brault, « l'indépendance d'un organisme n'est pas quelque chose qui se décrète. Elle dépend au moins autant des hommes que des textes ». Napoléon disait de l'institut d'émission qu'« il doit être entre les mains de l'Etat mais pas trop ». On pourrait dire d'organismes qu'ils ont à faire la preuve de leur autonomie mais pas trop, dans la mesure où leur mission étant ordonnée à l'intérêt public dont l'Etat est le gardien, ils participent nécessairement à l'action de celui-ci¹¹².

Pourtant, il est clair que du point de vue théorique, le risque de capture tant de la Coprocom dans l'actuel schéma institutionnel, que de la Sutel, en tant qu'autorité de régulation sectorielle du secteur des télécommunications, est potentiellement probable. L'étude de l'UNCTAD a d'abord déterminé, parmi les actions et politiques à suivre au Costa Rica, qu'« il faut désigner les commissionnaires à travers un concours d'antécédents et d'opposition ». Ceci est sans doute convenable. Or, l'expérience par rapport aux nominations au sein de l'Assemblée Législative, soit par le biais d'une élection ou d'une simple ratification, a provoqué une politisation des postes, et parfois cela a donné lieu à une effervescence médiatique du fait de l'exposition publique. D'autre part, l'étude recommande « d'établir l'obligation de l'exclusivité et du plein temps pour les commissionnaires ». Cela semble approprié, même si ce n'est pas nécessairement le cas de tous les membres de l'autorité française. En tout cas, cela devrait être assorti d'une rémunération plus attrayante, car les membres actuels, par exemple, sont difficilement en mesure de renoncer à leurs postes pour devenir commissionnaires à temps plein. Postérieurement, l'étude recommande de « doter la Coprocom d'indépendance envers le budget et l'engagement de

¹¹⁰ Parmi les membres de la COPROCOM ont figuré des avocats d'entreprises (qui ont même représenté ces entreprises au sein de la Commission), des collaborateurs d'entreprises sur le plan légal ou économique, et encore des présidents de sociétés fournisseurs dans un marché déterminé.

¹¹¹ Il faut rappeler que les membres de la Coprocom sont nommés en dehors du cycle politique et doivent être des professionnels en droit, en économie ou en une science affine, avec de l'expérience en la matière et du prestige.

¹¹² BRAULT, D. Politique et Pratique du droit de la concurrence en France. L.G.D.J. Paris, France. 2004. N° 1049.

personnel ; établir clairement les règles de destitution des commissionnaires ainsi que les circonstances dans lesquelles ils doivent ou non s'excuser d'être au courant d'une affaire ou d'un cas en examen.»¹¹³.

Il faudrait finalement ajouter que le projet de loi de réforme intégrale de la loi 7472, en étude à la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Législative, propose une adaptation de la Commission aux meilleures pratiques internationales, tout en réunissant les recommandations faites au cours de la révision de la normative costaricienne de la concurrence réalisée entre homologues (« *Peer Review* ») et organisée par l'UNCTAD à Genève en 2008.

§3. Les enjeux de l'autorité de concurrence face à une norme d'application restrictive : les exceptions légales à l'origine d'un champ d'application limité

Les meilleures pratiques internationales suggèrent que la législation de la concurrence doit être une norme d'application générale concernant tous les secteurs et tous les agents économiques impliqués dans la production de biens et de services commerciaux. Dans ce sens, toutes les entreprises publiques et privées doivent être soumises à cette norme. Cette recommandation trouve son fondement dans la nature interdépendante de l'activité économique.¹¹⁴ Bien que dans la plupart des économies le droit de la concurrence est applicable tant aux entreprises publiques que privées, il existe plusieurs régimes d'exception dans des pays aussi bien industrialisés qu'en voie de développement¹¹⁵. Le Costa Rica fait partie des pays où existent des exceptions à l'application de la norme de la concurrence. Il s'agit des exceptions suivantes¹¹⁶ : a) Les agents prestataires de services publics en vertu d'une concession ; b) Les monopoles d'Etat créés par Loi spéciale ; c) Les Municipalités et collectivités locales, tant dans leur régime interne que dans

¹¹³ Recommandations établies par: PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*. Genève, Suisse. 2008. P. 49.

¹¹⁴ Voir: Khemani, S. *Application of Competition Law. Exemptions and Exceptions*. UNCTAD. Nations Unies. New York. 2002.

¹¹⁵ Parmi les exceptions les plus fréquentes aux régimes de droit de la concurrence des différentes nations, on trouve celles liées aux secteurs de l'agriculture, des transports, des services financiers, de l'énergie, des télécommunications, des services postaux, des médias et des communications, ainsi que des activités telles que les activités syndicales. Voir plus en détail: Khemani, S. *Application of Competition Law. Exemptions and Exceptions*. UNCTAD. Nations Unies. New York. 2002.

¹¹⁶ D'après les articles 9 et 72 de la Loi 7472 et l'article 29 du Règlement sur la Loi de la concurrence.

leurs relations avec des tiers. De plus, il faudrait ajouter les exceptions à la norme de concurrence créées par des lois spéciales (cas du secteur des coopératives) ou même par des interprétations du Tribunal Constitutionnel, cas particulier des Associations Professionnelles.

Concrètement, l'article 9 de la Loi 7472 ayant trait au champ d'application de la norme de concurrence établit que la loi costaricienne est d'application pour tous les agents économiques. Ceux-ci sont définis à l'article 2 : « *Sur le marché, toute personne physique, entité de fait ou de droit public ou privé, qui participe à toute forme d'activité économique, en tant qu'acheteur, vendeur, offrant ou demandeur de biens ou de services, en nom propre ou pour un tiers, indépendamment du fait que les biens ou services soient importés ou nationaux, ou qu'ils soient produits ou offerts par lui ou par un tiers* »¹¹⁷. D'après l'ancienne directrice exécutive de la Coprocom, Isaura Guillén, « la définition d'agent économique ne fait pas la distinction entre nationaux et étrangers, c'est-à-dire que la norme de concurrence s'applique à tout agent économique qui met en place une pratique monopolistique ou une concentration interdite et qui produit des effets sur le territoire national »¹¹⁸.

Cependant, il faut faire attention à cette interprétation. D'après cette conception, la Coprocom pourrait même saisir une affaire ou démarche de sociétés à l'étranger, en raison de leur effet sur le marché local. Néanmoins, ce n'est pas le cas. La Coprocom n'a pas la possibilité d'appliquer le critère d'extraterritorialité de la norme, sauf peut-être, par la voie des conventions internationales à laquelle on fera référence vers la fin de cette étude. Ceci revient à dire qu'il faut absolument que les agents participent sur le marché local, et pas seulement que les effets de leurs démarches aient lieu sur le territoire. A tout le moins, ceci est devenu l'interprétation de la Coprocom, du fait du biais des accords de coopération entre des agences de concurrence, la Coprocom a obtenu de l'information relative à une entente sur le marché du maïs entre des entreprises ayant une forte position régionale. Cependant, même si on pouvait constater les effets de l'entente où l'objet était clairement une répartition du marché régional, l'autorité nationale n'a pas eu la possibilité de s'autosaisir sur base de la preuve convaincante des accords anticoncurrentiels obtenue par une

¹¹⁷ Loi de la Promotion de la Concurrence et Défense effective du consommateur, Numéro 7472. Article 2.

¹¹⁸ GUILLEN, I. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. MEIC. San José, Costa Rica. 2006. P. 19.

autorité d'un autre pays de la Région¹¹⁹. La notion légale « d'agent économique » ne naît pas d'une définition basée uniquement sur les effets de la pratique. La condition et participation de la personne sur le marché concerné sont encore plus importantes. Il faudrait ajouter que la définition d'agent économique établie dans la Loi, exclut de l'application de la norme de concurrence les chambres et associations d'entrepreneurs ou autres, du fait qu'elles ne participent pas en tant qu'acheteurs ou vendeurs de biens ou de services. Ceci est une limitation importante bien qu'il ait été déterminé que c'est au sein de ces organisations mêmes qu'on trouve plus facilement des accords anticoncurrentiels¹²⁰.

Dans le droit costaricien, un fort régime d'exception est plus courant que dans le régime français. Aux termes de l'article L.410-1 du Code de commerce français (ancien article 53 de l'ordonnance du premier décembre 1986), les règles définies au Livre quatre, c'est-à-dire les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence, s'appliquent « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Contrairement au régime français, le droit de la concurrence au Costa Rica ne s'applique pas précisément aux entreprises en mission de service public. La loi 7472 établit comme principe général que tous les agents économiques sont sujets aux dispositions, mais elle fait exception, de façon explicite, des prestataires de service public en vertu d'une concession¹²¹. Ces agents comptent sur des normes spécifiques différentes de la Loi 7472, qui peuvent être considérées comme des lignes générales de nature régulatrice.

Il est certain qu'une mauvaise gestion des marchés publics peut fausser le bon fonctionnement de l'économie et affecter de près le citoyen. En plus, elle peut aussi entraîner des prélèvements injustifiés sur la population fiscale, voire sur celle des usagers de services publics marchands ou non qui dépendent de procédures d'achat public pour leur fonctionnement. De mauvaises

¹¹⁹ A El Salvador, l'Agence de concurrence a infligé une amende proche de 4 millions de dollars américains aux principales entreprises du marché du maïs qui ont participé à l'accord pour la répartition du marché en Amérique Centrale. D'après les preuves obtenues par l'agence salvadorienne, le marché costaricien faisait partie de l'accord. Malgré l'évidence, la Coprocom n'a pu sanctionner personne sur ce marché pour l'instant.

¹²⁰ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos. ("Peer Review")*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Genève, Suisse. 2008. P. 42.

¹²¹ Loi 7472. Article 9, alinéa b.

pratiques financières sur des marchés publics qui représentent, chaque année, plus de 10% de la création de richesses collectives (en France) sont nuisibles à l'ensemble du corps social¹²². Dans le cas du Costa Rica, la participation des marchés publics est également importante, de sorte que l'exception établie par le législateur est devenue inacceptable. La possibilité que la concurrence existe dans des secteurs affectés par une régulation directe des prix et d'autres variables pertinentes du marché génère certains problèmes particuliers qui n'apparaissent pas dans les secteurs dérégulés. Certains de ces problèmes sont liés à la possibilité de voir surgir certaines pratiques anticoncurrentielles induites par la régulation¹²³. Le risque majeur de pratiques anticoncurrentielles auquel les pouvoirs adjudicateurs de marchés publics sont exposés consiste en des ententes mutuelles entre entreprises. Ce risque s'explique du fait que la passation d'un marché représente généralement pour un opérateur privé une source de revenu stable et garanti. Dans certaines circonstances, le risque d'entente collusoire peut être renforcé en raison de la configuration même de la structure du marché¹²⁴.

Les activités économiques, industrielles ou commerciales, réalisées dans le cadre de services publics font donc partie du cadre d'exception de l'article 9. Les services publics possèdent le plus souvent une structure dans laquelle se combinent les composantes concurrentielles et non concurrentielles d'une activité économique classique, dont il importe peu que celle-ci soit assurée par un opérateur de droit public ou privé. En France par exemple, les décideurs politiques ont choisi - mais pas systématiquement ou dans des formes très variables et plus ou moins laxistes - d'encadrer les activités de l'opérateur de monopole par un dispositif réglementaire s'appliquant à la firme intégrée verticalement fournissant, en fait, des services pour une part plus ou moins grande de marchés. C'est le cas, par exemple, du gestionnaire d'une plate-forme aéroportuaire disposant d'infrastructures technologiques importantes et non aisément dédoublables (comme par exemples, les aéroports de Paris), qui assure des services irremplaçables et non susceptibles de concurrence, telle que la fourniture de capacités d'atterrissage et de décollage aux aéronefs. En

¹²² Souty, F. Les collectivités locales et le droit de la concurrence. Efficacité Economique, réglementation et services publics locaux. Dexia Editions. Paris, France. 2003. P. 28.

¹²³ COLOMA, G. *Normas y Políticas de Competencia y la Regulación de los Servicios Públicos*. COPROCOM. San José, Costa Rica. 2006. P. 25.

¹²⁴ Souty, F. Les collectivités locales et le droit de la concurrence. Efficacité Economique, réglementation et services publics locaux. Dexia Editions. Paris, France. 2003. P.82. Pour approfondir ce sujet, M. Souty présente un « check-list » des critères de dysfonctionnement concurrentiel dans des marchés publics, tels que les conditions favorables à une entente, les comportements et déclarations suspects, ainsi que les moyens du renforcement de la concurrence sur les marchés publics locaux.

revanche, des droits d'atterrissage et de décollage doivent être naturellement assortis de services d'assistance en escale, réalisés lors de l'immobilisation des appareils sur l'aéroport. Au Costa Rica, au sujet de la concession de l'administration de l'aéroport international Juan Santamaria, en raison d'une plainte liée à l'adjudication en exclusivité des magasins exonérés pour touristes à une seule entreprise –*Grupo Britt*-, la Coprocom a tout simplement fait des recommandations au Conseil d'Aviation et au propre concessionnaire espagnol *Alterra Partners* - actuellement, l'entreprise américaine *Aeris Holding Costa Rica* - afin de rendre les mécanismes d'adjudication des autorisations plus transparents et concurrentiels et de promouvoir la concurrence interne entre les magasins autorisés à la vente exonérée dans la zone de transit de l'aéroport.

Ceci montre que lorsque la composante non concurrentielle est réglementée, l'expérience prouve que l'opérateur en monopole est encore davantage incité à restreindre ou à supprimer la concurrence dans la composante concurrentielle. En effet, il peut soit augmenter le prix ou diminuer la qualité des produits ou services offerts aux consommateurs « efficacement » empêchés d'exercer un choix alternatif, ou bien augmenter le prix ou diminuer la qualité de l'accès qu'il offre aux firmes rivales¹²⁵. Ainsi, l'ouverture à la concurrence des segments concurrentiels verticalement intégrés à des secteurs monopolistiques - que ces activités soient assurés par des opérateurs publics ou privés- semble permettre de dégager trois avantages pour le consommateur et l'intérêt général : tout d'abord, un accroissement de l'efficacité et des innovations dans ces activités ; ensuite, une réduction du champ d'intervention réglementaire et des imperfections associées aux formes traditionnelles de la régulation ; enfin, la possibilité de concentrer les interventions publiques réglementaires - qui demeurent indispensables –au cœur des dysfonctionnements ou des imperfections du marché¹²⁶.

Bien que la régulation et la concurrence soient des manières alternatives de résoudre les problèmes générés par l'exercice du pouvoir monopolistique, la concurrence peut aussi constituer un élément complémentaire de la régulation de certains secteurs et industries. Les formes selon lesquelles la concurrence peut faire partie du schéma de régulation sont variées. Une possibilité

¹²⁵ C'est le cas typique de France Télécom pour l'accès à la boucle locale, qui conditionne aussi la fourniture efficace de services Internet à haut débit pour les opérateurs les plus demandeurs comme les centres de recherche industrielle, les universités, les grandes écoles et les entreprises de pointe.

¹²⁶ Souty, F. Les collectivités locales et le droit de la concurrence. Efficacité Economique, réglementation et services publics locaux. Dexia Editions. Paris, France. 2003. P. 331.

est de permettre l'accès de plusieurs entreprises à certaines activités régulées, bien que la concurrence soit limitée selon les variables déterminées par le régulateur (le prix par exemple). En outre, elles pourraient participer à d'autres activités dérégulées (service après-vente par exemple). Une autre possibilité est de permettre qu'il existe de la concurrence par comparaison. C'est-à-dire, que certains segments de la même activité soient fournis par différents monopoles, mais tous régulés de la même manière. Finalement, il peut exister une concurrence pour le monopole, c'est-à-dire, des mécanismes par lesquels la régulation accorde le monopole à une certaine entreprise après avoir passé par un processus de participation des entreprises intéressées. Ceci dans les cas où la prestation de service d'une seule entreprise devient plus appropriée. Toutefois, la concurrence dans ces cas-là, doit se développer pendant le processus d'élection à charge de l'Administration. Afin d'obtenir cela, il faut des processus d'engagement administratif clairs et des objectifs qui promeuvent une forte participation¹²⁷.

Malgré l'exception de l'article 9 de la Loi 7472, l'existence de la concurrence entre différentes entreprises dans des secteurs régulés reste en principe une règle de base du régime costaricien de régulation de services publics, selon l'article 13 de la Loi 7593 de l' « *Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos* » (ARESEP). Cette norme établit clairement que les prestataires de services publics n'ont aucun droit monopolistique sur le service public qu'ils exploitent. Ceci permet que l'Administration octroie de nouvelles concessions et autorise de nouveaux prestataires quand la demande de service le justifie et l'intérêt de l'utilisateur l'exige. Ce principe pourtant s'oppose à l'existence de plusieurs monopoles créés par des normes spécifiques, ce qui met en évidence l'absence d'une politique claire de promotion de la concurrence même en ce qui concerne la délégation du service public.

D'autre part, en ce qui concerne les monopoles publics, ceux qui subsistent par des lois spéciales sont toujours exemptés des normes de concurrence. C'était le cas jusqu'en 2008 pour les secteurs des télécommunications et des assurances ouverts à la concurrence sur base du Traité de Libre-Échange avec les Etats-Unis, l'Amérique Centrale et la République Dominicaine. Le monopole public subsiste dans les secteurs de distillation et commercialisation de l'alcool, la distribution

¹²⁷ COLOMA, G. *Normas y Políticas de Competencia y la Regulación de los Servicios Públicos*. COPROCOM. San José, Costa Rica. 2006. P. 7.

des carburants, la distribution électrique et de l'eau. Les Municipalités sont exclues non seulement de la norme de concurrence mais aussi des normes relatives à la protection des droits du consommateur.

Finalement, dès la promulgation de la Loi 7472, la Coprocom a soutenu que l'article 5 de la Loi dérogeait tacitement tous les décrets exécutifs relatifs aux tarifs des professionnels, en considérant que désormais ils étaient dans un régime de libre concurrence. Cette position est concordante avec l'expérience internationale. La fixation des tarifs des secteurs professionnels est considérée pour la majorité de la Commission contraire aux processus de concurrence¹²⁸. La Coprocom s'est prononcée favorablement à l'élimination de la fixation des tarifs, du fait que ceux-ci sont, à son critère, contraires au principe constitutionnel de liberté de commerce, selon les principes constitutionnels de l'article 46. Cependant, la « *Sala Constitucional* » (Chambre Constitutionnelle) à l'occasion d'une demande d'un avis sur la constitutionnalité du décret qui fixait les tarifs des avocats, s'est prononcée favorablement à la fixation des tarifs, sur base de ce que la prestation de services professionnels n'est pas sujette à un traitement égalitaire par rapport à d'autres biens et services du marché national. D'après la Chambre, les services professionnels ne constituent pas une marchandise et il faut absolument maintenir des régulations afin d'assurer la dignité des professions.

Il faut reconnaître qu'il existe déjà un important travail de promotion dans le but d'éliminer les exceptions à la norme de concurrence. Le projet de loi de réforme à la Loi 7472 rédigé avec l'appui technique de l'UNCTAD cherche à renforcer les pouvoirs d'intervention de l'agence nationale dans des secteurs autrefois protégés. Ainsi, les Lois d'ouverture des marchés d'assurance et des télécommunications servent aussi à élargir le champ d'application du droit national de la concurrence. Cependant, la réforme dans le cas spécifique des télécommunications fait encore apparaître quelques doutes surtout liés au modèle sectoriel choisi par le législateur.

Section 2.- Une autorité nationale de concurrence dépourvue de pouvoirs préventifs et dissuasifs

¹²⁸ GUILLEN, I. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica. MEIC*. San José, Costa Rica. 2006. P. 57.

Lors de la célébration du quinzième anniversaire de la COPROCOM, Mme. Sittenfield avait déjà annoncé parmi les cinq principaux sujets de réforme du droit national de la concurrence, les facultés d'enquête, le régime de contrôle des concentrations et la mise en place des instruments d'accomplissement volontaire des normes, tels que la clémence¹²⁹. Il faudrait ajouter, à notre avis, le sujet relatif aux sanctions imposables par la COPROCOM, du fait qu'il est absolument valable de se demander si le droit costaricien assure véritablement la dissuasion de comportements anticoncurrentiels.

Justement sur cette base, nous donnons un bref aperçu des principales contraintes du droit national de la concurrence qui joue un rôle très important dans l'efficacité des décisions et des processus dictés par l'autorité nationale de concurrence. C'est ainsi, qu'on arrivera à établir les problèmes d'efficacité du droit domestique de la concurrence, aussi bien en ce qui concerne les ententes (§1) que les concentrations (§2), à la base de la création d'un régime sectoriel spécial pour le secteur des télécommunications. La question de l'effet dissuasif de ces règles est centrale (§3).

§1. Le contrôle des ententes nécessite des pouvoirs renforcés d'enquête.

La Loi de Promotion de la concurrence, numéro 7472, établit la règle d'illégalité « *per se* » sur une liste de quatre types d'accords horizontaux : la fixation ou manipulation accordée des prix ; la restriction concertée de l'offre ; la répartition des marchés et finalement, la collusion sur les licitations publiques¹³⁰.

Au niveau international, il y a une certaine harmonisation du fait que ces pratiques n'ont aucune autre motivation ou explication rationnelle que celle de porter atteinte à la concurrence et que ce sont les comportements les plus dangereux¹³¹. Justement, ces pratiques sont connues en droit

¹²⁹ SITTENFELD, P. Colloque pour la célébration du XVème anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

¹³⁰ Loi de Promotion de la Concurrence et Défense Effective du Consommateur, numéro 7472 du 20 décembre 1994. Article 11.

¹³¹ PETRECOLLA, Diego. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Revisión por homólogos*. ("Peer Review"). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)*. Ginebra, 2008. P. 21.

international comme des « *hardcore cartels* ». Ainsi, lors de sa quatrième conférence annuelle, l'*International Competition Network* (ICN) a fait appel aux autorités pour prioriser sur le contrôle des ententes anticoncurrentielles¹³². En droit européen, les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, interdisent tous les accords et pratiques concertés susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. Ces accords sont nuls de plein droit et leurs auteurs peuvent être condamnés à des amendes. De même, le droit français interdit, en principe, tout accord ou entente susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, sous peine de sanctions pécuniaires, civiles et pénales mais aussi sous menace d'injonction, en application de l'article L.420-1 du Code du Commerce¹³³.

Malgré cela, tant le droit de l'Union Européenne que le droit français laissent des possibilités d'échapper à l'interdiction. En droit de l'Union européenne, l'article 101, §3 du traité sur le fonctionnement de l'UE, prévoit que ses dispositions sont inapplicables lorsque ces accords ou pratiques produisent des effets économiques favorables (amélioration de la production ou de la distribution des produits, promotion du progrès technique ou économique) et qu'une partie équitable du profit qui en résulte bénéficie aux consommateurs. Le règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 met fin au système d'exemption individuelle existant sous l'emprise du règlement 17/62 de février 1962. Il a en effet été considéré que ce régime centralisé d'autorisation n'était pas compatible avec l'entrée dans l'Union Européenne, au 1^{er} mai 2004, de dix nouveaux Etats membres. En outre, il empêchait la Commission de se concentrer sur la répression des infractions les plus importantes et entraînait pour les entreprises des coûts élevés. Il a donc été décidé de substituer à ce régime d'autorisation un régime d'exception légale et de renforcer la responsabilité des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales en ce qui concerne l'application des articles 101 et 102. Le droit français qui, depuis l'origine, repose sur

¹³² International Competition Network. *Defining Hard-Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties*. 4th Annual Conference. Bonn, Allemagne, 2005. P. 9.

¹³³ Code de Commerce (La France). Article L-420-1 : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

un régime d'exception légale, permet aussi d'échapper à l'interdiction de principe des ententes illicites lorsqu'il est justifié, soit que les pratiques anticoncurrentielles ont été voulues par le législateur ou le Gouvernement et résultent d'un texte législatif, soit que ces pratiques ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, selon l'article L 420-4 du Code de Commerce¹³⁴.

Pour sa part, la loi costaricienne de concurrence établit l'application de l'interdiction « *per se* » des accords entre des agents concurrentiels entre eux. Aucun argument pro efficacité n'est acceptable et donc, l'Autorité ne doit pas prouver les effets économiques des accords. Dans ce sens, Tomas Menchaca, Président du Tribunal de la Défense de la Libre Concurrence (TDLC) du Chili, a fait appel à la règle *per se*, car elle est beaucoup plus favorable au sujet de la preuve, même si elle peut parfois conduire à sanctionner un accord économiquement efficace¹³⁵. Pourtant, à son avis, dans le cas des petites économies (« *Small économies* ») il est pourtant préférable. M. Menchaca propose comme solution, de renverser la charge de la preuve, de manière telle que toute présomption et tous les facteurs additionnels, tel que le contact entre agents, doivent être justifiés par les agents économiques¹³⁶. Le parallélisme de comportements devrait donc être justifié par les agents impliqués. Nonobstant, dans le cas du droit costaricien, il reste difficile à croire que la Chambre Constitutionnelle acceptera l'imposition d'une théorie dont la présomption est celle de culpabilité et non d'innocence, contraire à l'article 39 de la Constitution Politique¹³⁷.

Revenons sur la théorie de la règle *per se*. Si en principe, cette norme semble bien être favorable à l'efficacité du droit interne de la concurrence, sur le plan pratique, hormis quelques exceptions qu'on exposera en détail, la COPROCOM est dépourvue des véritables pouvoirs d'enquête et donc sa performance reste limitée. Le postulat du professeur Frederick Jenny est clair dans ce

¹³⁴ Voir à ce sujet : Editions Francis Lefebvre. Ententes, Abus de position dominante, concentrations économiques. Droit communautaire – Droit français. Francis Lefebvre, 2004. Paris. France. P. 15.

¹³⁵ MENCHACA, T. Président du Tribunal de la Défense de la Libre Concurrence du Chili. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

¹³⁶ IDEM.

¹³⁷ *Constitución Política de la República de Costa Rica. Artículo 39 : "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (...)".*

sens : « Dans la lutte de la COPROCOM contre les ententes, des lacunes s'avèrent évidentes dans les pouvoirs d'enquête de l'autorité de concurrence nationale. La COPROCOM est donc dépourvue des instruments efficaces et nécessaires pour sanctionner des accords anticoncurrentiels »¹³⁸. Le seul et principal instrument d'obtention d'une preuve –sauf si elle est apportée par un tiers dénonçant-, est celle de la demande d'information. L'article 67 de la Loi de promotion de la concurrence, numéro 7472¹³⁹, établit l'obligation des agents économiques de présenter l'information requise par l'Autorité de concurrence. Selon cette norme, le refus de soumettre des informations, ou l'inclusion de données fausses, inexactes ou incomplètes dans les documents requis peut être sanctionné comme faute grave par la Coprocom. De même, les départements de l'Administration Publique doivent fournir l'information demandée par la Coprocom pour exercer leurs fonctions.

L'article 28 de la Loi de la concurrence fixe une amende pour l'agent économique qui tarde ou se refuse à présenter l'information demandée par l'autorité. L'amende peut s'élever jusqu'à 50 fois le salaire minimum, aujourd'hui quelques € 13.500. Ce fut le cas de la Banque Populaire¹⁴⁰, sanctionnée par une amende de 10.302.250 colons (environ €13.400), pour s'être refusé de révéler l'information sur son portefeuille clients. Cette information était requise par la Coprocom et son but consistait à enquêter sur l'existence de ventes liées au marché des crédits et autres services, tels que les plans de retraite¹⁴¹. D'après la décision de la Coprocom, il est évident que l'agent économique voulait éviter de fournir l'information requise, ce qui est particulièrement grave eu égard à l'application de l'article 67 de la Loi sur la concurrence. Pour la Coprocom, la non présentation de l'information requise retarde et rend difficile l'enquête relative aux comportements anticoncurrentiels¹⁴².

¹³⁸ Jenny, F. Président du Comité de Régulation et droit de la Concurrence de l'OCDE. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

¹³⁹ *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. No. 7472. Artículo 67º.-Documentos e información. Los comerciantes, a requerimiento de la Comisión para promover la competencia, de la Comisión nacional del consumidor y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, están obligados a: a) Entregar, con carácter de declaración jurada, los informes y los documentos que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones. La información suministrada es confidencial y el funcionario que viole el secreto de los datos confidenciales incurre en falta grave en el ejercicio de sus funciones. (...).*

¹⁴⁰ *Comisión Para Promover la Competencia. Voto 05-2010 del 26 de enero de 2010.*

¹⁴¹ Voir à ce sujet, ouverture du processus d'enquête, l'Article 5º, Session 09-2010 avril 2010. COPROCOM. Affaire: *Banco Popular y de Desarrollo Comunal*. Dans le même sens: Coprocom. IO-005-03. Affaire: *CoopeMontecillos*.

¹⁴² *Comisión Para Promover la Competencia. Voto 05-2010 del 26 de enero de 2010.*

L'article 67 fut mis à l'étude par la Chambre Constitutionnelle costaricienne suite à une action anticonstitutionnelle présentée par les compagnies de transport aérienne *United Airlines* et *Mexicana de Aviación*. Selon ces compagnies, la possibilité de l'autorité de concurrence de demander de l'information aux propres agents économiques était contraire aux articles 24 et 36 constitutionnels relatifs à l'inviolabilité de documents privés et l'interdiction de l'auto incrimination respectivement. D'après la Coprocom, la loi vise à protéger les droits et les intérêts des consommateurs, ainsi qu'à promouvoir le processus de concurrence à travers la prévention et l'interdiction de monopoles. Par conséquent, l'action de l'Etat tendant à contrôler ces genres de pratiques monopolistiques, sur base précisément de l'article 46 de la Constitution qui garantit la liberté de commerce et d'élection des consommateurs, ressort de l'intérêt public. La Chambre Constitutionnelle s'est prononcée contre l'application au sens large de l'article 24 de la Constitution, relatif à l'inviolabilité de l'information privée, du fait que cette norme ne peut pas servir à limiter l'application de son l'article 46 concernant la liberté de commerce et la protection du consommateur¹⁴³. La Chambre Constitutionnelle a établi que « *l'accès aux documents privés n'est pas arbitraire dans le contexte des relations commerciales mais est plutôt nécessaire pour combattre des pratiques monopolistiques et protéger les consommateurs en général. Cet accès est non seulement approprié mais aussi nécessaire. La Chambre estime que l'Etat ne pourrait pas défendre efficacement les consommateurs sans avoir accès à certains documents privés des agents concernés* »¹⁴⁴.

Outre les facultés de demande d'information, l'article 68 établit le délit criminel de désobéissance pour les personnes physiques, ou représentants légaux des agents économiques ou des bureaux de l'Administration Publique interpellés. Pour l'instant, il n'existe aucun cas où la Coprocom ait dû présenter au Ministère Public les pièces pour une enquête criminelle.

Sur le plan des ententes anticoncurrentielles, la Coprocom a infligé une amende proche des 3.5 millions d'euros à divers agents économiques sur le marché des opérateurs des plans de retraite, sur base d'un accord pour augmenter sensiblement les commissions d'administration des fonds

¹⁴³ Sala Constitucional. Voto número 12384-2001.

¹⁴⁴ Sala Constitucional. Voto número 12384-2001.

de retraite¹⁴⁵. Ceci est pour l'instant, le cas le plus important d'un accord horizontal connu par la Coprocom. Pourtant, l'enquête a été d'avantage facilitée par la dénonciation de la SUPEN – *Autorité de régulation des retraites*-, suivie d'une demande massive et consécutive des opérateurs pour obtenir l'autorisation préalable de l'augmentation des commissions, ainsi que par le constat d'un accord écrit au sein de l'Association des opérateurs des plans de retraite.

Cependant, ces cas-là deviennent de plus en plus rares. Les agents économiques prennent de plus en plus de précautions et donc, il n'est pas du tout facile de prouver les différents accords sur des marchés, même si des comportements parallèles apparaissent sur plusieurs marchés concernés. Les facultés de demande d'information aux agents économiques deviennent donc insuffisantes pour la Coprocom. Suivant l'exemple de l'expérience française ainsi que d'autres autorités nationales de concurrence plus expérimentées, il est clair que la loi costaricienne devrait incorporer des procédures de clémence et des facultés de perquisition.

A ce sujet, le professeur Frederick Jenny a confirmé l'absence d'instruments efficaces pour parvenir à l'évidence dans les enquêtes et les procédures menées par la Coprocom. A son avis, il est absolument nécessaire de viser à réformer la loi costaricienne, suivant la tendance de pays comme la France et l'Espagne, tout en incorporant des programmes de clémence et de perquisition. Cette recommandation a été mise en évidence déjà en l'an 2000, dans le Rapport du Comité de Régulation et de droit de la Concurrence de L'OCDE¹⁴⁶. Selon, M. Luis Berenguer, ancien Président du Tribunal espagnol de concurrence, il devient essentiel pour l'autorité de concurrence de bénéficier des facultés des perquisitions, car sans elles, l'autorité pourra difficilement même ouvrir des enquêtes dans des secteurs stratégiques. De même, il faut des procédures de clémence qui ont prouvé leur grande efficacité en Espagne¹⁴⁷. Pourtant, M. Menchaca, Président du Tribunal de la Défense de la Libre Concurrence du Chili, reste sceptique par rapport aux procédures de clémence pour de petites économies, car à son avis, il y a un excès de contact social sur le plan interne, qui limite les probabilités que l'un des infracteurs prenne une

¹⁴⁵ *Comisión Para Promover la Competencia. Voto 17-2009 del 16 de junio de 2009.*

¹⁴⁶ JENNY, F. Président du Comité de Régulation et droit de la Concurrence de l'OCDE. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

¹⁴⁷ BERENGUER, L. Président de la « *Comision Nacional de la Competencia* » de l'Espagne. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

décision, par crainte de conséquences sociales au sein de la communauté et dans l'environnement commercial¹⁴⁸.

Il existe donc un consensus quant aux carences de la norme costaricienne de concurrence au niveau des facultés d'enquête, ce qui met en cause sa capacité de contrôle et de sanction de pratiques anticoncurrentielles. Cela –en plus d'autres lacunes légales–, a sans aucun doute eu un effet négatif sur la crédibilité de la Coprocom, en tant qu'entité potentielle chargée du contrôle de la concurrence sur le marché des télécommunications.

§2. L'expérience en matière de contrôle des concentrations : l'absence de contrôle ex-ante.

La norme sur le contrôle des concentrations, fusions ou acquisitions des entreprises constitue la référence de la politique de défense de la concurrence des pays, dans le cadre d'un système économique de libre marché. La plupart des pays ayant l'expérience du droit de la concurrence disposent d'un mécanisme de notification préalable qui favorise l'analyse d'une concentration possible, avant même qu'elle ne se mette en place. Cependant, ce n'est pas le cas du Costa Rica, dont la Loi de concurrence n'est pas suffisamment large à ce sujet. L'article 16 de la Loi 7472 définit la concentration comme « la fusion, l'acquisition du contrôle ou n'importe quel acte par lequel se concentrent les sociétés, les associations, les actions, le capital social, les figures fiduciaires ou les actifs en général, entre concurrents, fournisseurs, clients ou autres agents économiques, avec pour objet ou effet de diminuer, fausser ou empêcher la concurrence sur des biens ou des services similaires ou substantiellement liés »¹⁴⁹.

En France, le contrôle des concentrations s'applique à l'ensemble des activités de production, de distribution et de services, y compris celles des entreprises publiques. Certains secteurs (banque, assurance, etc.) sont soumis à des règles particulières, mais ils n'échappent pas pour autant au champ d'application du contrôle. Selon l'article L 430-1 et 2 du Code de Commerce français,

¹⁴⁸ MENCHACA, T. Président du « Tribunal de la Défense de la Libre Concurrence » du Chili. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

¹⁴⁹ *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. No. 7472. Artículo 16.*

« une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ». Comme en droit de l'Union européenne (Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004), le contrôle résulte, aux termes de l'article L 430-1, III du Code de commerce¹⁵⁰, « des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ».

En droit comparé, on observe que certains systèmes législatifs de protection de la concurrence fondent le contrôle des opérations de concentration sur la présomption qu'elles ont un effet anticoncurrentiel quand elles créent ou renforcent une position dominante ou accroissent les barrières à l'entrée d'un marché. D'autres systèmes plus empiriques, invitent à distinguer entre les opérations de concentration qui ont de tels effets mais sont néanmoins acceptables en raison de leur contribution à des progrès, économiques ou autres, et celles qui, au contraire, en l'absence de contreparties suffisantes, ne peuvent être justifiées¹⁵¹.

Au Costa Rica, l'article 16 de la Loi de concurrence 7472 renvoie à l'analyse du « pouvoir substantiel » sur le marché pertinent en matière de concentrations de la même façon qu'il faut effectuer l'analyse d'une pratique anticoncurrentielle. L'analyse sur base des critères d'appréciation repose au fond sur les mêmes principes de sauvegarde de la concurrence. La

¹⁵⁰ Code du Commerce (France). Article L 430-1 : « Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article. III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : - des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; - des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

¹⁵¹ BRAULT, D. Politique et pratique du droit de la concurrence en France. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. 2004. Paris, France. P. 92.

Coprocom doit évaluer si l'objet ou l'effet est de diminuer, fausser ou empêcher la concurrence sur des biens ou des services similaires ou substantiellement liés. Sur un plan comparatif, au niveau européen, l'analyse d'une opération repose sur sa compatibilité avec le marché commun, aux termes de l'article 2 du Règlement 139/2004 et considère entre autres si la concentration entrave de manière significative une concurrence effective¹⁵², les gains d'efficience, le critère de l'entreprise défaillante et les conséquences sociales des concentrations. Malgré cela, le système costaricien de contrôle de concentrations est un modèle de contrôle « *ex post* », à différence de la plupart des systèmes de contrôle préalables existant en droit comparé. Certains secteurs font exception au Costa Rica. Tel est le cas du secteur financier et du secteur des opérateurs des retraites où la norme spécifique¹⁵³ établit une procédure de notification préalable auprès de l'autorité de régulation sectorielle sur demande d'avis à la Coprocom¹⁵⁴.

Pourtant, ce qui est intéressant ou particulier dans la norme costaricienne est la possibilité de sanctionner les agents concentrés, même s'il n'existe pas pour les entreprises, l'obligation de notifier leur concentration. Il est tout à fait normal que l'autorité de concurrence impose des sanctions contre les agents qui réalisent une concentration sans avis favorable de l'autorité, soit en ne soumettant pas le cas au préalable auprès de l'autorité, ou bien en ignorant la décision de l'autorité lors d'une procédure d'analyse de la concentration. L'imposition d'une telle sanction est absolument normale et appropriée. Cependant, le régime costaricien établit une sanction sous forme d'une amende s'élevant jusqu'à 10% des revenus annuels des agents économiques concernés, au cas où ces agents aient effectué une concentration causant un préjudice imminent sur le marché. La Coprocom est encore habilitée par la loi à déconcentrer le mouvement opéré par les agents économiques concernés. Il faut alors se poser la question par rapport à la sécurité juridique des agents économiques, face à la possibilité que l'opération de fusion ou d'acquisition

¹⁵² Voir à ce sujet, Décision De Havilland (JOUE n° L.334, 5 déc. 1991, considérant n° 16): « *Une concentration qui conduit à la création d'une position dominante peut toutefois être compatible avec le marché commun (...) lorsque tout indique que cette position n'est que temporaire et qu'elle s'érodera rapidement en raison de l'entrée très probable de concurrents puissants sur le marché. Avec ces nouveaux entrants, la position dominante ne semble pas devoir entraver de manière significative la concurrence (...)* ». Cette conception n'est pas éloignée de celle qui prévaut aux Etats-Unis et selon laquelle il n'y a pas lieu de contester les positions dominantes « disputables » car le fait même de leur vulnérabilité les incite à des comportements de type concurrentiel. Selon le professeur Dominique Brault, il y a bien peu de différence entre le critère américain de réduction substantielle de la concurrence et le critère européen d'entrave significative à la concurrence.

¹⁵³ *Ley de Protección al Trabajador. Artículo 47.*

¹⁵⁴ Voir à ce sujet. Coprocom. Session 14-01 du 2 mai 2001. Affaire : Demande de Fusion des opérateurs de retraites Banex – Interfin.

soit renversée et aussi, face à l'imposition d'une amende potentielle. Cela a justement été la raison probable de la différence de critères des membres de la Coprocom lors de la procédure suivie contre les entreprises *Atlas* et *Mabe* sur le marché de l'électroménager.

La firme mexicaine *Mabe* a acquis en 2008 les différentes sociétés de la Holding *Atlas*, entreprise costaricienne. La Coprocom a déterminé, lors de la procédure d'enquête, que suite à cette acquisition, le groupe *Mabe* occupait désormais 80% du marché des cuisinières de « petit budget » et 100% du marché des ventes des frigidaires de « petit budget ». Ainsi, la Commission a déterminé que *Mabe* réduisait considérablement la concurrence sur ces marchés particuliers. Plus grave encore, selon l'analyse, le Groupe *Mabe*, avait déjà augmenté de 22% les prix sur les produits pour lesquels il n'y avait plus de concurrence directe. D'après la décision de la Coprocom, grâce à l'opération et la forte augmentation des prix, *Mabe* a obtenu un profit supérieur à 6.505 millions de colons, quelques € 8.834.482. La décision majoritaire de la Coprocom a donc établi une série de mesures à suivre par l'entreprise *Mabe*, surtout liées au contrôle de son expansion verticale auprès des distributeurs et le risque d'abus de position dominante. Ainsi, la Coprocom a infligé une amende record de 1.158 millions de colons, soit à peu près € 1.598.317¹⁵⁵.

Toutefois, sur le dossier de cette procédure, il existe d'abord un recours du commissaire Uri Weinstock qui se montrait contraire à l'imposition d'une amende, en argumentant que la norme ne pouvait pas sanctionner un comportement dont l'agent n'était pas sûr de sa culpabilité. A son avis, infliger une sanction pécuniaire n'était pas dans l'esprit du législateur en ce qui concerne le contrôle de concentrations et ne peut pas être justifié dans un régime de contrôle ex post des concentrations. Ensuite, on peut constater à cet égard, la position des commissaires Stephan Brunner (Président de la Commission) et Katherine Berdugo. Ils se sont séparés de la décision majoritaire, uniquement sur le point du mécanisme de calcul de l'amende et le montant de celle-ci, en argumentant que l'amende ne récupérait pas le dommage porté à l'économie et donc n'était

¹⁵⁵ *Comisión Para la Promoción de la Competencia (COPROCOM)*. Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Affaire: Concentration Atlas – Mabe.

pas suffisamment dissuasive du comportement anticoncurrentiel¹⁵⁶. On reviendra en détail sur cette position, plus bas au point « *iii* » concernant l'imposition de sanctions dissuasives.

En définitive, si cette fois-ci la norme donne au moins un pouvoir de contrôle à la Coprocom, le moment de son intervention semble ne pas être le plus adéquat. En effet, la décision contenant un ordre de déconcentration, l'imposition de mesures ou encore une amende, s'applique une fois que le mouvement entre des entreprises a été consolidé sur le marché, ce qui entraîne le risque que le remède soit encore plus grave que la maladie même. En plus, il reste au Ministère de l'Economie à contrôler les effets futurs de la concentration, car dans l'exemple donné, rien ne va empêcher l'entreprise *Mabe* de continuer à toucher un gain illégitime, sauf si le Ministère fixe un contrôle tarifaire, situation qui, dès la promulgation même de la Loi de concurrence en 1995, n'a pas été attendue suite à plusieurs recommandations de la Coprocom. Il reste donc à savoir si les pouvoirs de sanction de la Coprocom ont été jusqu'à présent efficaces face au dommage à l'économie provoqué par les mouvements de concentrations et différentes pratiques anticoncurrentielles mises en place par les agents économiques.

§3. Les sanctions imposables au Costa Rica sont-elles dissuasives du comportement anticoncurrentiel ?

Il est bien connu que les sanctions sont effectives lorsqu'elles arrivent à dissuader les comportements illicites et que cela va dépendre de la dimension de la sanction, ainsi que de la probabilité de détection et de découverte des dits comportements. Dans le domaine du droit de la concurrence, cela équivaut à confisquer tous les gains obtenus par la pratique illégale. Cependant, ce calcul général ne peut se faire de manière suffisamment précise, raison pour laquelle les différentes juridictions ont recours à un menu de critères de fixation des montants des sanctions, qui dans le cas de *hard-core cartels*, peut inclure des sanctions personnelles à l'égard des individus directement impliqués¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *Comisión Para la Promoción de la Competencia (COPROCOM)*. Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Affaire: Concentration Atlas – Mabe.

¹⁵⁷ *PETRECOLLA, D. Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Examen Voluntario entre Homólogos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Naciones Unidas. Ginebra, 2008. P. 34.*

Dans le cas du Costa Rica, la Loi de concurrence autorise la Coprocom à imposer aux agents infracteurs des mesures conservatoires, des injonctions et bien évidemment des amendes jusqu'à 410 fois le salaire minimum¹⁵⁸ (un maximum de € 149.258,00) dans le cas de pratiques relatives et de concentrations illégales, et jusqu'à 680 salaires minimums (un maximum de €247.550,00) dans le cas de pratiques absolues (accords horizontaux). En plus, dans le cas de « gravité particulière »¹⁵⁹, la Coprocom peut infliger une amende équivalente à 10% des ventes annuelles obtenues par l'infracteur au cours de l'exercice social précédent, au moment de l'imposition de la sanction, ou bien, jusqu'à 10% de la valeur des actifs de l'infracteur. Entre les deux paramètres, la Commission doit appliquer celui qui s'avère le plus élevé¹⁶⁰.

Pourtant, la rédaction de la norme est imprécise sur la sanction imposable dans les cas de « gravité particulière ». Elle devrait rendre l'option à l'autorité de la fixer entre 0 à 10% des ventes annuelles de l'infracteur, tel que c'est prévu pour le calcul des actifs. Selon M. Petrecolla, la rédaction confuse de l'article 28 a limité son application, du fait que la norme ne permet pas l'imposition d'une sanction inférieure à 10% des ventes. Simultanément, elle exige l'imposition du montant le plus élevé par rapport aux actifs, ce qui a provoqué, dans certains cas, une amende confiscatoire, obligeant la Commission à imposer une sanction référencée au maximum des salaires¹⁶¹.

Du point de vue du droit comparé, il faut rappeler que suivant le droit européen par exemple, la Commission Européenne peut infliger à chaque entreprise ayant participé à l'infraction, de manière délibérée ou par négligence, une amende d'un montant maximum de 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise réalisé au cours de l'exercice social précédent pour chacune des entreprises concernées¹⁶². La Commission est dès lors en droit, pour calculer ce montant, de

¹⁵⁸ Salaire minimum au Costa Rica pour le premier semestre 2013: ¢ 251.191,19. Données officielles sur le site: <http://www.mtss.go.cr/home.html>

¹⁵⁹ La Loi 7472 n'établit pas les éléments de définition de «gravité particulière ». Pourtant, la Coprocom doit considérer les éléments de méditations de la sanction de l'article 29, à savoir: la gravité de l'infraction, la mise en danger ou dommage causé, les indices d'intentionnalité, la participation de l'infracteur sur le marché, la taille du marché concerné, la durée de la pratique ou de la concentration et la capacité de paiement de l'infracteur.

¹⁶⁰ *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Número 7472. Artículo 28.*

¹⁶¹ *PETRECOLLA, D. Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Examen Voluntario entre Homólogos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Naciones Unidas. Ginebra, 2008. P. 34.*

¹⁶² Règlement 1/2003. Article 23, §2.

prendre en considération un chiffre d'affaires relatif à un exercice social antérieur si elle considère que cette année de référence lui permet de mieux apprécier la taille et la puissance économique de chaque entreprise, ainsi que l'ampleur de l'infraction¹⁶³. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération la gravité de l'infraction et la durée de celle-ci¹⁶⁴. Selon la Cour de Justice, « l'appréciation de la gravité de l'infraction, en vue de la fixation du montant de l'amende, doit être effectuée en tenant compte notamment de la nature des restrictions apportées à la concurrence, du nombre et de l'importance des entreprises concernées, de la fraction respective du marché qu'elles contrôlent dans la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction a été commise »¹⁶⁵. Il y a également lieu de tenir compte du comportement de l'entreprise au cours de la procédure administrative¹⁶⁶. Selon les directives de la Commission pour la fixation des amendes auxquelles la Commission devrait continuer à se référer après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, la gravité et la durée de l'infraction constituent les deux paramètres utilisés pour déterminer le montant de base de l'amende.

Du côté costaricien, selon l'article 29 de la Loi 7472, pour l'imposition de la sanction, la Coprocom doit analyser les critères suivants: « la gravité de l'infraction, la mise en danger ou dommage causé, les indices d'intentionnalité, la participation de l'infracteur sur le marché, la taille du marché concerné, la durée de la pratique ou la concentration, la récidive et la capacité de paiement de l'infracteur »¹⁶⁷.

A partir de l'analyse des amendes infligées par la Coprocom et liées aux procédures où celle-ci a décelé une pratique anticoncurrentielle, il apparaît évident que les sanctions imposées sont loin d'être dissuasives, sans que soit même nécessaire une étude approfondie des pratiques à l'origine d'une telle sanction.

¹⁶³ Voir les arrêts de la Cour dans les affaires « Ciment ». Ord. Prés. CJCE 5-6-2002, Aff.217/00P, Buzzy ; Ord. Prés. CJCE 5-6-2002, Aff. 213/00P, Italcementi ; Ord. Prés. CJCE 5-6-2002, Aff. 219/00P, Cementir ; Ord. Prés. CJCE 5-6-2002, Aff. 211/00P, Ciments français.

¹⁶⁴ Règlement 1/2003. Article 23, §3.

¹⁶⁵ CJCE. 15-7-1970, Aff. 41/69, AFC Chemiefarma. Rec. 661.

¹⁶⁶ Voir CJCE. 11-1-1990, Aff. 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici. Rec. I-45 et, TPICE 14-7-1994, Aff. 77/92, Parker Pen : Rec. II-549.

¹⁶⁷ *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. No. 7472. Artículo 29°.*

Voici un résumé des amendes infligées entre 1997 et 2012 par la Coprocom :

Année	Agents économiques sanctionnés	Amende (en €)
1997	5	226,00
1998	1	907,00
1999	16	51.260,00
2000	17	81.418,00
2001	31	9.698,00
2002	63	219.178,00
2003	10	177.661,00
2004	2	105.446,00
2005	1	198.422,00
2006-2012	23	2.558.617,00

- Sur la base des données publiées par la Coprocom¹⁶⁸.
- Source des données 2006-2012 : Ana V. Velasquez (UTA – Coprocom).
- Taux de change €1 = ₡690

L'application des sanctions et concrètement des amendes infligées par la Coprocom fait preuve d'une application « *sui generis* » du dommage à l'économie. Dans l'affaire Atlas-Mabe, correspondant à une concentration des deux principales firmes d'électroménagers, la Coprocom a déterminé que les entreprises ont perçu illégalement un profit de ₡6.505 millions de colons, quelques € 8.834.482, suite à une augmentation d'environ 22%, dont un surprix de 10% par an, sur les trois années après la concentration. Nonobstant, la Commission a fixé une amende de ₡1.158 millions de colons, soit à peu près € 1.598.317, selon une estimation des ventes pour 2010 sur la base des revenus de 2008 - derniers états financiers audités -, mais uniquement de l'entreprise acquérant, -Mabe-, et non de la totalité du Groupe. L'amende imposée représente seulement 18.1% des profits illégaux perçus par les infracteurs¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Comisión Para Promover la Competencia. *Aplicación de la normativa de competencia en Costa Rica*. MEIC. San José, Costa Rica. 2006. P. 16. Dernières données disponibles.

¹⁶⁹ Voir: *Comisión Para la Promoción de la Competencia (COPROCOM)*. Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Affaire: Concentration Atlas – Mabe.

Précisément, ceci a été la raison pour laquelle deux commissaires (Brunner et Berdugo) se sont séparés de la décision majoritaire, en se basant sur l'argument que l'amende ne recouvrait pas le dommage porté à l'économie et donc n'était pas suffisamment dissuasive du comportement anticoncurrentiel. A leur avis, la Coprocom devait estimer les ventes annuelles du Groupe sur la base des données de 2008 mais en incluant les ventes de *Mabe* et d'*Atlas*. Selon ces commissaires, les ventes de *Mabe*, une fois l'acquisition consolidée, devaient absolument inclure les ventes d'*Atlas*, ce qui évidemment aurait permis une base de calcul beaucoup plus proportionnée aux profits illégaux des infracteurs. D'après la résolution de la minorité, l'amende devait s'élever à 8.158 millions de colons, quelques € 11.252.000. D'après les calculs de la Commission, ce montant aurait permis de confisquer la totalité du profit illégalement obtenu par l'infracteur et d'imposer encore une amende nette correspondant à 43% des profits perçus par le Groupe *Mabe-Atlas*. Ce critère minoritaire met justement en évidence les carences conceptuelles par rapport à l'application des principes théoriques de méditations du dommage à l'économie propres du droit de la concurrence. Malgré les limitations de l'article 28 de la Loi 7472, qui ont déjà été exposées, la Coprocom comptait sur la possibilité dans ce cas-là, d'imposer une amende représentative et dissuasive du comportement anticoncurrentiel. Pourtant la thèse majoritaire laisse un goût amer, du fait que cette fois-ci la Commission a appliqué une formule de calcul contraire aux lignes directrices du droit comparé et de l'article 29 de la Loi 7472, en raison de la gravité de la concentration, du dommage causé, de la taille du marché concerné et aussi de la capacité de paiement des entreprises concernées.

Selon le professeur Frederick Jenny, les sanctions doivent plutôt être sévères dans le but de devenir dissuasives et d'éviter de nouvelles infractions¹⁷⁰. Dans le cas à l'étude, il est évident que l'opération de concentration pour *Atlas – Mabe*, malgré l'amende de €1.598.317, est devenue très favorable, vu les profits obtenus au cours des trois premières années d'acquisition, et surtout sa nouvelle position dominante sur les marchés concernés. Mais pour le marché et les consommateurs, il n'y aura désormais qu'un marché presque monopolisé de certains produits d'électroménagers, sans réactions effectives de l'autorité de concurrence et du Ministère de l'Economie.

¹⁷⁰Jenny, F. Président du Comité de Régulation et Droit de la Concurrence de l'OCDE. Colloque pour la célébration du XVème. Anniversaire de la COPROCOM. Hôtel Real Intercontinental. San José, Costa Rica. 8 août 2010.

L'étude réalisée par l'UNCTAD et la COMPAL a conclu que les sanctions prévues par la Loi de concurrence costaricienne ne sont pas dissuasives des comportements anticoncurrentiels, particulièrement pour les entreprises plus importantes et qu'il y a urgence à réformer le mécanisme des sanctions en droit costaricien de la concurrence¹⁷¹. Selon l'ancien commissaire Edgar Odio Rohmoser, afin de pallier les carences liées au pouvoir dissuasif du schéma des sanctions prévu par la Loi 7472, il est nécessaire, soit d'augmenter le montant maximum prévu au premier paragraphe de l'article 28, relatif aux salaires minimums (410 et 680 selon le type de pratique), ou bien de rectifier le second paragraphe concernant la référence au 10% des ventes, tout en permettant le calcul de l'amende suivant une échelle de 0 à 10%¹⁷². Pourtant, cette dernière solution ne servira que pour les infractions de « gravité particulière ». On abordera plus en détail le sujet de l'effet dissuasif dans notre deuxième chapitre.

Depuis dix-sept ans, la Coprocom a gagné de plus en plus de maturité, sans pour autant arriver à convaincre les plus sceptiques. Son frein reste maintenant une contrainte normative et budgétaire. Un projet de loi de réforme impulsé par la Coprocom en partenariat avec l'UNCTAD, sommeille auprès de la Commission des affaires économiques à l'Assemblée Nationale. Lors de la discussion des projets de loi sur l'ouverture du secteur des télécommunications, le législateur était sous la pression de développer des instruments de régulation efficaces, afin de garantir aux usagers des services des télécommunications les bienfaits d'un marché concurrentiel. L'expérience de la Coprocom, d'après eux, n'a pas été suffisamment convaincante et cela a peut être motivé la décision de restituer les attributions de contrôle et de sanction de la concurrence sectorielle à l'autorité de régulation des télécommunications, sujet qu'on abordera en détail dans la deuxième partie de cette étude.

¹⁷¹PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Examen Voluntario entre Homólogos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Naciones Unidas. Ginebra, 2008. P. 34-35.*

¹⁷²ODIO ROHMOSE, E. y OLIVEIRA, G. *Proyecto para Costa Rica. CR.1.5.1. Primer Informe. UNCTAD / COMPAL. Ginebra, Suiza. 2005. P. 35.*

TITRE 2. / LE PROCESSUS D'OUVERTURE DU MARCHÉ : LA TRANSFORMATION DU SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS

Le secteur des télécommunications a subi une profonde évolution à travers le monde, en passant d'une structure monopolistique et traditionnellement publique de prestation de service à une organisation concurrentielle de l'industrie. Une telle transition est mise en marche au Costa Rica, seul pays d'Amérique Latine en 2008, où les télécommunications opéraient encore selon un modèle monopolistique. Le processus d'ouverture du secteur des télécommunications au Costa Rica a provoqué une série de protestations de la part de différents secteurs de la société civile. Depuis 1994, les différents gouvernements ont cherché à libéraliser le marché à travers différentes propositions de loi. Cependant, tous ces efforts n'ont pas abouti. La réussite du modèle monopolistique est à l'origine d'une identification nationale avec l'entreprise publique et le modèle solidaire mis en place. Il y a quelques années, le pays pariait encore sur le maintien du modèle, avec pour seule priorité la modernisation de l'opérateur public : L'*Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*.

Le modèle d'exploitation des télécommunications du pays a été reconnu au niveau international en raison de ses taux élevés de pénétration, ses tarifs bas et la qualité de son service. Ce modèle solidaire était d'ailleurs un exemple pour la région et avait attiré l'attention sur le fait que cette réussite est inhabituelle pour un pays en développement. Toutefois, ces quinze dernières années, l'entreprise publique a dû faire face à différentes contraintes qui ont limité sa performance. En effet, le cadre juridique dont disposait l'entreprise, ne lui permettait pas d'assurer ce service aussi efficacement qu'auparavant.

Il faudrait inclure le phénomène technologique qui touche tous les marchés sans aucune discrimination. En France, lors de la discussion en 1996 au sujet de l'ouverture, l'opérateur historique, France Télécom, devait déjà faire face à l'offre de services « call back » des entreprises telles que *Central Call, Telegroup, Interworld, Trasworld, Usa Fone, Golden Line* et

*Passport*¹⁷³. De la même manière, au Costa Rica, l'opérateur historique, ICE, a subi des pertes importantes au cours des dernières années dans l'utilisation des mécanismes qui échappent à son contrôle et aux mécanismes de régulation.

La commission du Sénat français le soulignait déjà dans le rapport d'information sur « *l'avenir de France Télécom : un défi national* ». Les technologies numériques ouvrent de nouvelles possibilités de desserte, par des réseaux à hauts débits, des zones rurales où l'installation d'infrastructures lourdes serait difficilement rentable. « *L'hertzien numérique* » constitue aujourd'hui l'avenir le plus prometteur des systèmes de télécommunications et les télécommunications hertziennes peuvent constituer une chance de développement pour l'espace rural¹⁷⁴. Cela fait dix-sept ans que ce rapport a mentionné l'intérêt du spectre et le développement des services mobiles. Parallèlement aux possibilités ouvertes par les technologies hertziennes, certains pronostiquaient des formes de concurrence inédites sur les réseaux filaires, notamment par l'intermédiaire d'Internet. A cet égard, Christian Huitema, chercheur à l'INRIA et membre de l'« *Internet Architecture Board* », affirmait : « *qu'il est évident qu'à terme il y aura intégration des voix et des données sur l'Internet. Dans le futur, on ne vendra plus de postes téléphoniques mais des outils de communication dont le téléphone ne sera qu'une composante. Si les opérateurs de téléphone veulent survivre, ils doivent prendre le virage* »¹⁷⁵.

C'est ainsi que le secteur des télécommunications au Costa Rica a commencé à accuser un retard dans l'entrée des nouvelles technologies et que la qualité des services s'est détériorée. En conséquence, les usagers du service commencent à ressentir cette situation. L'ouverture à la concurrence est devenue la réponse pour rattraper ce retard et laisser ainsi la place aux nouveaux services. Cependant, la libéralisation du marché a suscité la crainte des défenseurs du modèle solidaire, développé à travers le monopole de l'ICE. C'est ainsi que l'accès au service universel et la solidarité sont aussi devenus des sujets essentiels dans le processus d'ouverture et lors de la configuration du cadre normatif.

¹⁷³ Source *L'Entreprise* n° 12° - avril 1996, cité par M. Claude Gaillard, dans le rapport n° 2750 de la Commission de la Production et des Echanges de l'Assemblée nationale.

¹⁷⁴ Projet de loi de réglementation des télécommunications : exposé général et examen des articles. 1996. Voir <http://www.senat.fr/rap/195-389-1/195-389-11.html>

¹⁷⁵ Projet de loi de réglementation des télécommunications : exposé général et examen des articles. 1996. Voir <http://www.senat.fr/rap/195-389-1/195-389-11.html>

Sur la base des engagements pris par le Costa Rica au moment de la signature du Traité de Libre Echange entre l'Amérique Centrale, la République Dominicaine et les Etats-Unis (*Central American Free Trade Agreement : CAFTA*), différents secteurs ont participé à l'élaboration du cadre légal qui régira la concurrence du secteur des télécommunications. En effet, c'est en janvier 2004, lors des négociations du CAFTA, que le Costa Rica a souscrit une annexe spécifique qui vise l'ouverture du marché interne des télécommunications. Cette annexe était une priorité des différents gouvernements concernés par le Traité pour aboutir à une libéralisation totale du secteur dans la région. L'ouverture progressive des segments les plus rentables du secteur des télécommunications est en cours depuis la ratification du CAFTA-RD, ratification précédée d'un référendum populaire célébré le 7 octobre 2007. Parallèlement, l'Assemblée Législative a promulgué deux lois entre juin et août 2008, pour parvenir à l'ouverture du marché des télécommunications.

Les particularités du marché des télécommunications au Costa Rica ont permis, sur une période importante, une compatibilité du modèle monopolistique avec des services de télécommunications performants. La libéralisation du marché des télécommunications provoquera des transformations structurelles dans le but d'étendre l'accès aux services pour la majorité de la population, et cette fois-ci, dans des conditions de concurrence. Celle-ci devrait faciliter la mise en place d'un marché plus dynamique, permettre l'accès aux nouvelles technologies et développer des services moins onéreux et de meilleure qualité. Cependant, sur la base d'un tout jeune droit interne de la concurrence, on revient sur la question de savoir si la législation proposée sera suffisante et adéquate pour garantir l'environnement concurrentiel et, dès lors, le bon fonctionnement du marché. Afin de comprendre les enjeux du processus de libéralisation, nous traiterons dans une première partie de la transition du monopole à la concurrence, afin d'expliquer pourquoi les télécommunications représentent un secteur emblématique au Costa Rica (**Chapitre 1**). Dans un deuxième temps, notre étude se penchera sur les défis de la nouvelle législation qui régira le secteur, à partir des accords d'ouverture conclus par le Costa Rica lors des négociations du CAFTA (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- Du monopole à la concurrence : vers l'ouverture d'un secteur emblématique.

Le modèle monopolistique fut le moyen juridique utilisé par la plupart, voire la totalité des pays de la région, pour l'exploitation des télécommunications. Le Costa Rica ne fit pas exception. « *Le monopole naturel, la gestion directe ou indirecte des services, la décentralisation administrative comme mode d'organisation administratif et le concept classique de service public ont été les principaux moyens juridiques à la base du cadre administratif, dans le but de mettre en place la planification, le développement, l'opération, la commercialisation, la régulation et le contrôle des télécommunications au Costa Rica* »¹⁷⁶.

Suivant ce modèle, l'ICE est parvenu à se positionner parmi les opérateurs les plus performants de la région, à travers un système solidaire dont la priorité était l'accès universel au service public. Cette réussite historique du monopole de l'ICE émane du modèle de développement du pays. Le fait de réserver le contrôle du secteur à l'Etat -thèse juridico-doctrinale de base constitutionnelle- répond strictement à des raisons stratégiques en matière de sécurité et de politique d'Etat. Pendant plus de trente ans (1955-1990), le Costa Rica a parié sur un modèle de développement dirigiste, dont « un Etat fort » contrôlant plusieurs secteurs considérés d'intérêt public : la sécurité sociale, la banque, les assurances, les carburants et bien sûr l'électricité et les télécommunications, qui ont tous été organisés sur un modèle de monopole public. Ce modèle solidaire de développement a permis au Costa Rica de devenir l'un des trois pays les plus avancés en termes de « développement humain » des populations de l'Amérique Latine¹⁷⁷.

De son côté, l'ICE a été reconnu par des organismes internationaux comme l'un des plus importants instruments de développement économique et social du pays. Ce modèle de développement a même été recommandé par une Commission des Nations Unies (la CEPAL), comme l'exemple à suivre par le reste des pays de l'Amérique Latine, en opposition au modèle

¹⁷⁶CALDERON ARIAS, J. *Marco Legal de las Telecomunicaciones en Costa Rica. IV Seminario AHCET – Unión Europea, sobre Derecho de las Telecomunicaciones. Guatemala. Junio, 1994. P. 137.*

¹⁷⁷ Cela a été souligné par le sous-directeur du Fonds Monétaire International (FMI) M. Cartens : « En fait, le Costa Rica a les meilleurs indicateurs sociaux de toute l'Amérique latine, et souvent, les niveaux de ces indicateurs se rapprochent des pays les plus avancés ». Sur : CARTENS, A. (Sous-directeur du Fonds Monétaire International). *Veinte años sin crisis en Costa Rica. La Nación. San José, 18 julio 2004.*

d'Etat libéral très fortement critiqué dans la région lors de la chute économique de l'Argentine¹⁷⁸. Cependant, l'absence de dynamisme dans le secteur des télécommunications et les contraintes financières et administratives subies par l'opérateur public, ont mis en cause l'efficacité du schéma monopolistique. Le processus d'ouverture n'a pas été facile au Costa Rica. Un processus d'affaiblissement du secteur des télécommunications sous la forme de monopole a été mis en évidence depuis quelques années, et s'est surtout accéléré du fait des engagements spécifiques pris par le Costa Rica lors des négociations du CAFTA (**Section 2**). Pourtant, le maintien du régime solidaire qui a caractérisé la réussite historique de l'ICE sur un modèle monopolistique (**Section 1**), a été le point de départ des négociations des conditions visant l'ouverture du marché des télécommunications.

Section 1.- La réussite historique du monopole de l'ICE

Au Costa Rica, le contrôle et l'exploitation des services sans fil est établi dans la Constitution. L'article 121-24 c) constitutionnel énonce le caractère public de ces services et indique qu'ils « *ne pourront pas sortir définitivement du domaine de l'Etat* ». Cette norme compte sur trois dispositions en ce qui concerne les services sans fil : 1) La compétence exclusive de l'Assemblée Législative pour conférer le caractère de domaine public aux biens de la Nation et autoriser son exploitation ; 2) Le titulariat exclusif et perpétuel de l'Etat sur tout le spectre hertzien et, 3) L'indication impérative des seuls moyens constitutionnels pour l'autorisation légale de l'exploitation des biens de domaine public, tels que le spectre hertzien¹⁷⁹.

La Chambre Constitutionnelle s'est prononcée plusieurs fois sur le fait que « les services sans fil ne peuvent être utilisés directement ou exploités par des particuliers, parce qu'ils font partie des biens ayant des caractéristiques propres aux biens domaniaux : inaliénabilité, imprescriptibilité et insaisissabilité, et ne peuvent donc être de caractère privé, et par conséquent leur exploitation reste sujette aux conditions expressément établies par l'Assemblée Législative¹⁸⁰ ». Dans le

¹⁷⁸ Cf. Commission Economique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), Organe des Nations Unies. Pacte de cohésion sociale. La República. San José. 12 juillet 2003.

¹⁷⁹ Procuraduría General de la República (PGR). *Dictamen C-031-90 del 5 de febrero de 1990*.

¹⁸⁰ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 3272-95*.

même sens, la loi numéro 1758, dite « *Ley de Radio* » du 19 juin 1954¹⁸¹, principale norme visant la régulation du spectre radioélectrique jusqu'en 2008, établissait le caractère de domaine public du spectre hertzien.

Il est dès lors clair que le régime juridique costaricien impose deux modalités pour la concession d'exploitation du spectre radioélectrique : soit à travers une loi spéciale, soit à travers une loi générale qui fixe les conditions et procédures légales pour une concession d'exploitation du spectre hertzien. Précisément, l'opérateur public –l'ICE-, compte sur une concession octroyée à travers une loi spéciale. Celle-ci est la base du monopole de fait dont se servait l'entreprise publique. Même s'il a toujours été possible de donner en concession la gestion des services des télécommunications, c'était l'entreprise publique –l'ICE, la seule à compter sur une concession d'exploitation et de prestation du service public de télécommunications, au moins jusqu'au premier semestre 2008, date à partir de laquelle entre en vigueur la Loi 8642, dite Loi Générale de Télécommunications, dont on parlera ultérieurement.

Le cadre juridique favorisant l'imposition d'un monopole de fait (§1) ainsi que le modèle régulateur de l'Autorité de Régulation des Services Publics sont les fondements sur lesquels reposait le développement des services de télécommunications qui ont constitué un exemple en Amérique Latine (§2).

§1. L'organisation juridique du secteur des télécommunications selon le modèle monopolistique

L'ICE est une institution publique autonome créée par Décret, suivant la Loi numéro 449 du 8 avril 1949. Sa finalité était circonscrite au développement des sources productrices d'énergie et à la prestation des services d'électricité. Postérieurement, à travers l'article 1° de la Loi 3226 du 28 octobre 1963, le législateur a octroyé à l'ICE les compétences d'établir, d'améliorer et d'opérer les services de communications, entre autres, téléphoniques et télégraphiques.

¹⁸¹ Ainsi modifiée par la Loi numéro 3981 del 2 novembre 1967. De même, le Décret Exécutif No. 27554 "Reglamento al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias", du 06 novembre 1998, réglemente la loi actuelle.

Le parcours normatif au niveau historique révèle des divergences par rapport à l'organisation juridique du secteur des télécommunications au Costa Rica. Le manque de clarté de la législation met en doute la définition de monopole. Les normes costariciennes en matière de télécommunications ont été conçues en trois étapes historiques. Premièrement, avant la promulgation de la Constitution Politique de 1949, on était face à une gestion plutôt privée de ces services. La législation était minimale, voire inexistante, en raison du développement limité du secteur des télécommunications. En avril 1920¹⁸², on a déclaré d'utilité publique et « monopole de l'Etat » la télégraphie et la téléphonie, l'Etat pouvant octroyer des concessions d'exploitation aux particuliers. A travers la loi du 3 septembre 1942, la « *Compañia Nacional de Fuerza y Luz, S.A.* » (entité chargée du service de l'électricité) a assumé aussi le contrôle du service de téléphonie. Pendant cette période, on avait déjà organisé la gestion des services de télécommunications avec celle de l'électricité d'après un modèle monopolistique.

Or, une deuxième période est inaugurée à partir de la création de l'ICE par la loi du 8 avril 1949, quelques mois avant la promulgation de la Constitution Politique. Cependant, c'est la Constitution de 1949 qui impose d'abord l'inaliénabilité des services sans fil (article 121-14) et ensuite, détermine de manière novatrice le modèle d'entité décentralisée et autonome de l'ICE (article 188). Plus tard, la loi de 1954 développe le principe constitutionnel d'inaliénabilité et d'exclusivité. Cette loi, exemple fidèle du modèle nationaliste de l'époque, a établi que les entreprises qui acquièrent une concession d'exploitation devaient assurer un minimum de 65% de leur capital social à des Costariciens. Une nouvelle loi de 1963 oblige que l'attribution de concessions dans le secteur soit soumise à l'approbation législative. De cette manière, une concession illimitée a été conférée à l'entité étatique ICE, qui a donc assumé l'opération des services des télécommunications de plein droit.

La troisième et dernière étape juridique est celle qui a permis la consolidation dans la pratique du modèle monopolistique de l'ICE. La loi de 1964¹⁸³ a attribué au groupe ICE l'exploitation des services de télécommunications internationales, cette fois à travers une nouvelle société : *Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima* (RACSA). C'est ainsi qu'ont été fixées les

¹⁸² Décret exécutif numéro 34 du 10 avril 1920. *Poder Ejecutivo*. San José, Costa Rica.

¹⁸³ Loi 3293 du 18 de juin de 1964. *Asamblea Legislativa*. San José, Costa Rica.

conditions de la prestation du service sur le schéma de service public, tout en conférant à l'ICE des facultés propres pour l'opération des ressources rares et les infrastructures postérieurement définies comme « essentielles ». Jusqu'en 2008, le développement du système national de télécommunications au Costa Rica reposait donc uniquement sur les entreprises du groupe ICE.

La restriction constitutionnelle établie dans l'article 121-14 et concernant l'inaliénabilité des services sans fil ainsi que l'obligation d'une concession législative pour son exploitation ne concernait pas nécessairement toutes les modalités de télécommunications, mais seulement les systèmes qu'utilisent des ondes porteuses, transmises sans besoin de conducteurs électriques, c'est-à-dire, faisant appel au spectre hertzien. Autrement dit, tant que l'Assemblée Législative n'octroyait pas une concession à un nouveau destinataire, il appartenait au groupe ICE d'assurer la prestation du service public de télécommunications (particulièrement les services qui font usage du spectre) en échange des tarifs correspondants. A défaut, l'accès aux services d'Internet, par exemple (que ce soit des services de base ou à valeur ajoutée), pouvait être offert par un tiers, par la voie sans fil, sans que cela n'entraîne une violation constitutionnelle. Ce concept a été ratifié par le Conseil Constitutionnel¹⁸⁴. Pour Christian Hess « (...) on devrait accepter que la restriction imposée aux personnes physiques et morales particulières pouvant prêter des services d'accès à l'Internet par câble, entraîne une restriction abusive d'une activité commerciale légitime et, donc, une violation de la liberté de commerce consacrée et garantie par l'article 46 de la Constitution»¹⁸⁵.

Jusqu'en 2008, malgré les différentes discussions au niveau politique, il n'existait pas pour autant de loi de régulation générale pour le secteur des télécommunications au Costa Rica. Toutes les modalités des services offerts par l'ICE étaient sous le contrôle d'une autorité de régulation à caractère général pour les services publics. La loi 7593 du 7 août 1996¹⁸⁶ attribuait à l'ARESEP la compétence pour tous les services publics, y compris les services des télécommunications.

¹⁸⁴ *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 5386-93. Expediente 2444-91. San José, Costa Rica.*

¹⁸⁵ HESS ARAYA, C. *Libertad de comercio y acceso a Internet en Costa Rica*, *Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi. No. 17 del 17 de diciembre de 1999. P. 8.*

¹⁸⁶ Loi 7593 du 9 août 1996 de l'Autorité de Régulation des Services Publics (ARESEP). A travers cette loi, réglementée par le décret 25903 du 15 janvier 1997, le législateur a décidé d'éliminer le Service National de l'Electricité (Créé en 1928 et régulateur des télécommunications à partir de 1962) et à sa place a créé l'ARESEP. Il faut remarquer le fait qu'une disposition transitoire de la loi de 1996 a empêché l'ARESEP d'établir des modifications aux concessions données auparavant, limitant ainsi ses facultés pour apporter des modifications aux conditions des concessions accordées dans le secteur antérieurement.

Jusqu'à présent, l'ARESEP a été une institution autonome dotée d'une personnalité juridique et de patrimoine propre, ainsi que d'une autonomie technique et administrative. La loi de l'Autorité Régulatrice des Services Publics de 1996 établit expressément qu'elle ne sera pas soumise aux directives ou aux décisions du pouvoir exécutif. Cependant, les cinq membres du conseil directif sont nommés par l'exécutif ce qui évidemment provoque une dépendance politique au niveau fonctionnel, mais il existe aussi une dépendance moins évidente du côté budgétaire.

Parmi ses anciennes fonctions, l'ARESEP assurait à la fois une régulation économique, technique et moins visiblement, elle gérait les conflits entre les particuliers et le Groupe ICE. Cette autorité était chargée de fixer les tarifs, d'assurer le respect des normes de qualité et la quantité des services, ainsi que le respect des principes de continuité, d'opportunité et de prestation optimale du service public des télécommunications. La régulation du service public au Costa Rica est fondée sur le principe du service lié au coût, de l'article 3.b de la loi précitée de l'ARESEP. Autrement dit, *« il s'agit de couvrir uniquement les coûts pour la prestation du service et d'assurer un revenu sur l'investissement qui garantisse le développement adéquat de l'activité. Plus précisément, on calcule un coût moyen comptable auquel on ajoute un taux de rentabilité pour égaliser les coûts totaux avec les recettes totales. La rentabilité est souvent calculée comme un pourcentage du capital investi »*¹⁸⁷.

De même, l'article 17 de la loi 449 de Création de l'ICE posait le principe de réinvestissement : *« La politique financière de l'institution consistera à capitaliser les revenus nets obtenus de la vente de l'énergie électrique et de toute autre source, pour le financement et l'exécution des plans nationaux d'électrification et de développement de l'industrie »*. Bien évidemment ce principe s'appliquait pour le secteur des télécommunications. Théoriquement, le gouvernement ne devrait toucher aucun dividende de la gestion de l'institution. *« De cette façon, on garantit que les tarifs comprennent uniquement les frais et les investissements nécessaires au développement et que la totalité des revenus soient utilisés pour parvenir aux objectifs de l'institution »*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ ENRIQUEZ, O. Les privatisations et la qualité des institutions : Analyse comparative des effets de la déréglementation et de la privatisation dans le secteur des télécommunications au Guatemala et au Costa Rica. Mémoire de recherche sous la direction du professeur Emmanuel Combe. ESCP-EAP 2003-2004

¹⁸⁸ FUMERO PANIAGUA, G. TLC con Estados Unidos. Desafío al modelo solidario de Costa Rica: El caso del ICE. EUNED. San José, septembre 2005. P. 41.

Le Costa Rica appliquait donc un contrôle tarifaire par les coûts, plus connu par l'expression de régulation « *cost plus* ». Cela explique probablement, parmi d'autres éléments propres du marché, le fait que le Costa Rica appliquait les tarifs les plus bas pour les communications téléphoniques au niveau local. Pourtant, cette méthode de régulation a été très fortement critiquée en Europe et aux Etats-Unis à cause des distorsions qu'elle peut entraîner. Elle permet certes de profiter des rendements d'échelle, mais à condition de bien connaître les coûts du régulé. Pour le consultant M. Oswaldo Enriquez, le principal risque dans la mise en place de cette méthode dans le cadre d'une ouverture du marché des télécommunications « *est la capture par le fournisseur public qui, dans un souci de rentabilité, peut surévaluer les investissements à réaliser et peut, dès l'ouverture effective du marché, bénéficier de tarifs élevés ou de subventions publiques surestimées. L'opérateur historique serait également en position de verrouiller le marché* »¹⁸⁹.

Le bilan de sa gestion est plutôt positif : « L'ARESEP a effectué l'expertise technique de l'application des sanctions, mais aussi l'étude de la demande et des investissements nécessaires ainsi que la qualité du service. Il possède une expertise en termes de calcul de la rentabilité et d'exigence d'un service public minimum »¹⁹⁰. Pourtant, l'une des discussions à l'Assemblée Législative pendant l'étude du projet de loi générale des télécommunications en 2007, tournait autour de la question de savoir si le modèle de l'ARESEP aurait permis d'assumer efficacement la régulation dans le secteur des télécommunications face aux défis de l'ouverture imminente. La réponse, on ne la connaîtra jamais, car en fin de compte, le législateur s'est décidé pour une nouvelle autorité sectorielle –la SUTEL– bien que toujours dépendante de l'ARESEP. Néanmoins, ce qui est vrai c'est que finalement, le législateur a réformé l'article 9 de la Loi de Promotion de la concurrence qui empêchait la COPROCOM de connaître les sujets concernant les services définis par la loi comme des services publics et parmi lesquels on devait inclure, avant la Loi 8662 de juin 2008, les services de télécommunications. A partir de la Loi 8662, les opérateurs sur le marché des télécommunications veilleront aux normes de concurrence portant sur la compétence de l'autorité de régulation et non de l'autorité de concurrence.

¹⁸⁹ ENRIQUEZ, O. (Consultant à Paris pour *Accenture* et spécialiste en matière de régulation des services publics). Interview réalisée le 7 juillet 2006.

¹⁹⁰ ENRIQUEZ, O. Les privatisations et la qualité des institutions : Analyse comparative des effets de la dérégulation et de la privatisation dans le secteur des télécommunications au Guatemala et au Costa Rica. Mémoire de recherche sous la direction du professeur Emmanuel Combe. ESCP-EAP 2003-2004.

§2. L'expérience d'un modèle solidaire

Sur le modèle monopolistique, le Costa Rica a réussi à respecter raisonnablement les principes d'accès universel et de service public. De nombreux rapports et documents de la Banque Mondiale et de la Banque Interaméricaine de Développement témoignent de l'avancée en termes de télécommunications au Costa Rica, grâce au rôle du Groupe ICE. Jusqu'en 2006, le Costa Rica occupait une place privilégiée, comparé aux autres pays du continent latino-américain et même à travers le monde, grâce au niveau des prix et de la pénétration du service. Faisons le point sur quelques statistiques : le Costa Rica était en tête en ce qui concerne la densité téléphonique en Amérique latine avec 31,59 lignes fixes installées pour 100 habitants, suivi de près par l'Uruguay avec 28%, le Chili et le Brésil¹⁹¹.

Le Costa Rica possédait alors une couverture téléphonique de 94% de la population, le premier en Amérique Centrale et le deuxième en Amérique latine¹⁹². Le pays occupait également la première place de la région dans la finalisation des appels aux Etats-Unis, avec 71,47%, suivi par l'Argentine et le Chili¹⁹³. Cet indice est considéré comme le plus intégral pour évaluer la qualité du réseau téléphonique d'un pays. Quant à la téléphonie mobile, l'ICE a lancé ses opérations en 1994. Entre 1995 et l'année 2005, le système cellulaire s'est consolidé en particulier sur base de la technologie TDMA. Vers la fin 2005, l'ICE a introduit la technologie GSM avec 400 mille lignes mises en place sur le marché¹⁹⁴. En 2006, l'ICE avait mis en place encore quelques 600 mille lignes GSM. Pour la fin de l'année 2007, le Costa Rica comptait 1.843.000 lignes installées, équivalentes à une densité mobile de 43% en 2008, selon les indices de L'Union Internationale des Télécommunications (UIT)¹⁹⁵. Quant au développement de l'Internet, le pays figurait en 2005

¹⁹¹ Banco Central de Costa Rica. *Costa Rica: Valor Agregado Sector Telecomunicaciones 2001 -2007*. San José, Costa Rica. 2007. Tomado de: Instituto Costarricense de Electricidad. *Aporte al Desarrollo Económico Social*. Primer Semestre 2008. Pag. 3

¹⁹² UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS (UIT). *Indicateurs des Télécommunications des Amériques 2005*. UIT. Genève, Suisse. Septembre 2005. P. 7 et ss.

¹⁹³ Bureau de AT&T à San José, Costa Rica. Cité dans : FUMERO PANIAGUA, G. *TLC con Estados Unidos. Desafío al modelo solidario de Costa Rica: El caso del ICE*. EUNED. San José, septiembres 2005. P. 24.

¹⁹⁴ Banco Central de Costa Rica. *Costa Rica: Valor Agregado Sector Telecomunicaciones 2001 -2007*. San José, Costa Rica. 2007. Tomado de: Instituto Costarricense de Electricidad. *Aporte al Desarrollo Económico Social*. Primer Semestre 2008. Pag. 12.

¹⁹⁵ Banco Central de Costa Rica. *Costa Rica: Valor Agregado Sector Telecomunicaciones 2001 -2007*. San José, Costa Rica. 2007. Tomado de: Instituto Costarricense de Electricidad. *Aporte al Desarrollo Económico Social*. Primer Semestre 2008. Pag. 13

à la 58^{ème} position parmi 174 pays à l'indice d'accès digital (IAD), qui évalue surtout la pénétration technologique. Cette position est jugée par l'Union Internationale des Télécommunications comme celle d'un pays ayant une pénétration technologique avancée¹⁹⁶. En juin 2005, l'ICE a inauguré la « *Red avanzada de Internet* » (RAI) (réseau Internet supérieur), qui a permis l'augmentation du nombre de connexions¹⁹⁷. Désormais l'ICE est proche d'atteindre une couverture totale du territoire national en matière d'accès à l'Internet, ce qui lui permettra de se positionner parmi les premiers dans la région.

Or, l'élément le plus ressenti par le consommateur a trait aux tarifs du service. Que ce soit le téléphone fixe ou portable, les Costariciens bénéficient des tarifs les plus bas au monde. Cela explique peut-être le fait qu'en 2004 le Costa Rica était le troisième pays avec le plus de consommation de téléphonie mobile dans le monde, derrière les Etats-Unis et Hong Kong¹⁹⁸. La vocation publique de l'institution se reflète dans l'offre d'un service téléphonique de base et d'installations et de tarification mensuelle à des prix très bas. Il est important de mentionner que la faible rotation du personnel et leur spécialisation technique constituent un actif déterminant pour cette entreprise publique¹⁹⁹.

Pourtant, ce n'est pas le cas pour les appels internationaux qui sont surchargés pour subventionner précisément les appels locaux. C'est un exemple des subventions croisées appliquées par le groupe ICE. Fondé sur les critères de service par rapport au coût et au service universel, l'ICE a même profité de sa condition de double opérateur (énergie et télécommunications) pour élargir la pénétration des services sur l'ensemble du territoire. « L'union stratégique (...) a contribué au fait que le pays a pu avoir les plus hauts niveaux de pénétration des services de l'Amérique Latine et les tarifs parmi les plus bas au monde. Ces tarifs sont la conséquence de plusieurs facteurs, parmi lesquels la complémentarité des secteurs et les

¹⁹⁶ UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS (UIT). Indicateurs des Télécommunications des Amériques 2005. UIT. Genève, Suisse. Septembre 2005. P. 27 et ss.

¹⁹⁷ Cf. *Editorial de La Nación*. San José, Costa Rica. 15 de junio de 2005.

¹⁹⁸ D'après Merrill Lynch. Publié dans *La Nación*, San José, Costa Rica, le 22 janvier 2004. Un Costaricien utilise en moyenne son téléphone portable pendant 286 minutes par mois, aux Etats-Unis l'utilisation est de 474, Hong Kong 350 et la France est en 19^{ème} position avec 157 minutes par mois.

¹⁹⁹ ENRIQUEZ, O. Les privatisations et la qualité des institutions : Analyse comparative des effets de la déréglementation et de la privatisation dans le secteur des télécommunications au Guatemala et au Costa Rica. Mémoire de recherche sous la direction du professeur Emmanuel Combe. ESCP-EAP 2003-2004

avantages de cette union »²⁰⁰. Sans aucun doute, la gestion conjointe des secteurs peut aboutir à quelques avantages : l'optimisation des ressources de gestion, l'économie d'échelle (par rapport aux coûts administratifs), la complémentarité des projets financiers entre les deux secteurs et la convergence technologique (par exemple l'utilisation des mêmes fibres optiques pour l'énergie électrique et les communications).

En dépit de sa réussite historique, l'opérateur public est depuis quelques années la cible de profondes critiques, concernant particulièrement la qualité du service et la capacité d'innovation. L'ICE est devenu incapable de maintenir le même rythme d'évolution technologique. Par exemple, malgré le fait que la densité en téléphonie fixe est acceptable, il existe une importante inégalité entre les différentes régions du pays. Alors que 72% de la population urbaine a de l'accès à une ligne fixe, 27% seulement de la population rurale compte sur cette option²⁰¹. Quant à la téléphonie mobile, d'après l'Union Internationale des Télécommunications, le pourcentage d'accès était de 32,8% en 2006, ce qui est relativement bas en comparaison avec des pays de la région comme le Brésil, El Salvador, la Colombie, le Chili, et l'Argentine, tous affichant des pourcentages ostensiblement plus importants. Selon l'Autorité de Régulation des Services Publics (ARESEP), l'absence de services mobiles devient un obstacle important pour la lutte contre la pauvreté. La téléphonie mobile est une porte d'accès aux bienfaits des technologies de l'information. La téléphonie n'est plus un luxe mais un droit essentiel de tout citoyen²⁰².

En 2007, seul 22.7% des ménages ont accès à l'Internet à haut débit. En plus, selon le baromètre Cisco sur le Haut Débit, 71% des connexions à haut débit étaient en fait de basse vitesse. Ce baromètre a aussi démontré que le Costa Rica était le pays où la connexion à haut débit était la seconde la plus chère de l'Amérique Latine, seule derrière le Pérou²⁰³. En définitive, c'est un pays qui, quoique technologiquement bien supérieur à la plupart des pays latino-américains, est de plus en plus à la traîne quant à l'accès à la technologie.

²⁰⁰FUMERO PANIAGUA, G. *TLC con Estados Unidos. Desafío al modelo solidario de Costa Rica: El caso del ICE*. EUNED. San José, septiembre 2005. P. 36.

²⁰¹Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones. *Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2009-2014. Diagnóstico de casos. Punto 2.a*. San José, Costa Rica. 2009.

²⁰²Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). *Informe de Labores*. San José, Costa Rica. 2007.

²⁰³CISCO. *Barómetro Cisco. IV medición de la penetración de Internet de Banda Ancha en Costa Rica. Segundo Semestre 2007*. San José, Costa Rica. 29 de mayo 2008.

L'entité publique (ICE) n'était plus valorisée comme auparavant. Le retard technologique et la baisse de la qualité des services sont perçus par l'utilisateur et ont donné place à la libéralisation du marché. La réforme substantielle du cadre juridique du secteur des télécommunications devienne impérative au Costa Rica. La réforme devait reposer pourtant sur la modernisation de l'opérateur public ainsi que sur le développement des services dans un environnement concurrentiel. La concurrence est perçue par les réformistes comme l'élément dynamiseur du secteur, sur la base de l'attraction des nouveaux investissements.

Section 2.- Le processus de redéfinition du cadre juridique du secteur des télécommunications à partir de l'affaiblissement du monopole

Au Costa Rica, le maintien du schéma monopolistique traditionnel constituait un risque pour le nouveau modèle de développement fondé sur la base de la compétitivité globale et l'attraction de l'investissement étranger. Le secteur des télécommunications est l'un des secteurs ayant le plus d'impact sur le taux de croissance nationale. Selon la « *Rectoría de las Telecomunicaciones* » l'augmentation de 1% dans la pénétration de l'Internet à haut débit contribue à l'augmentation d'environ 0,0158% du produit interne brut (PIB)²⁰⁴. Le marché des télécommunications est probablement celui où il faut le plus de capacité innovante et une véritable performance pour suivre le rythme du marché et les avancées technologiques. Le monopole est devenu –comme dans la plupart des pays du monde-, un modèle absolument inadapté aux besoins et aux défis de la société moderne caractérisée par l'accès à l'information et aux communications.

Dans ce sens, c'est à partir de l'affaiblissement du monopole de l'ICE (§1) que les différents secteurs de la société costaricienne ont réagi et ouvert finalement le débat afin de discuter de la réforme et de l'adaptation de la législation aux nouveaux défis (§2). Toutefois, c'est surtout le Traité commercial avec l'Amérique Centrale, la République Dominicaine et les Etats-Unis (CAFTA), qui a déclenché l'ouverture pour la redéfinition du cadre juridique (§3).

§1. L'affaiblissement du Monopole de l'ICE

²⁰⁴ VEGA BARRANTES, Hannia. (Vice-ministre des Télécommunications). Présentation de la Stratégie Nationale pour l'Internet à Haut Débit. A l'occasion de l'Expo Télécom, célébrée à l'Hôtel Real Intercontinental. San José, le 4 novembre 2011.

L'un des inconvénients du modèle monopolistique au Costa Rica a été précisément le fait que l'entreprise publique a été considérée comme une véritable « vache à lait », tant par les différents gouvernements que par les organes internes de l'entreprise et ses propres salariés. Plusieurs entraves à son autonomie ainsi que des excès institutionnels expliquent peut être la chute du niveau de performance de l'entreprise.

Au cours des dix dernières années, le Groupe ICE a certainement dû faire face à plusieurs contraintes financières et administratives. Son autonomie a été mise en cause et sa capacité d'évoluer préalablement à la réforme promulguée en août 2008 s'était affaiblie. La globalisation des marchés et la révolution technologique posaient aux entreprises du Groupe ICE de nouveaux défis alors que les ressources disponibles avaient diminué sensiblement. De plus, l'absence d'une législation spécifique pour le secteur était un facteur négatif qui contribuait à réduire la performance de l'opérateur public, et par conséquent, il devenait de moins en moins capable d'assurer efficacement les services de télécommunications dans un cadre concurrentiel en expansion. Dès sa création, le groupe ICE a profité d'une autonomie institutionnelle très marquée, ce qui lui a permis de devenir un groupe d'entreprises dynamique et performant. Cependant, depuis quelques années, la législation et la politique gouvernementale ont commencé à remettre en cause cette autonomie en raison de différents intérêts. C'est ainsi que le Groupe ICE est devenu moins à même d'affronter les défis d'un secteur très innovant. Ces contraintes qui expliquent le retard actuel du Groupe face aux grands opérateurs régionaux constituent des limitations administratives et financières.

Tout d'abord, l'autonomie administrative était en apparence assurée par l'article 88 de la Constitution Politique du Costa Rica. L'ICE et ses entreprises sont par définition des entités décentralisées et autonomes. Or, les articles 184-2 et 184-4 obligent au contrôle de la part de la *Contraloría General de la República* (CGR– Inspection des Finances) sur tout ce qui concerne les matières budgétaires et fiscales des entités décentralisées. De même, la CGR contrôle tous les contrats à travers un processus d'appel d'offres. Ce contrôle administratif est devenu de plus en plus bureaucratique. Les défaillances de la procédure administrative costaricienne et la pratique inopérante du contrôleur sont à l'origine de procédures d'adjudication très longues, souvent

même pour des projets urgents. Cela a été le cas d'un contrat avec l'entreprise suédoise Erickson pour l'installation de 600 000 lignes de téléphonie mobile en 2006. Or, l'avis indispensable de la CGR sur le contrat a retardé l'opération pendant plus d'un an, ce qui a provoqué l'absence sur le marché de lignes téléphoniques mobiles disponibles pendant plusieurs mois entre 2005 et 2006.

A ce sujet, les secteurs d'opposition à l'ouverture du marché des télécommunications ajoutent qu'il n'y a pas eu de volonté gouvernementale pour éliminer les restrictions imposées à l'autonomie institutionnelle. Ils étaient convaincus aussi qu'il y a eu un boycott politique au sein de l'Assemblée Législative dans le but de retarder également le projet de modernisation dans l'attente de l'ouverture définitive du marché²⁰⁵. Il est difficile de s'en prendre à la mauvaise foi des députés et des différents membres des derniers gouvernements. Or, malgré l'urgence de la réforme, il est vrai que le projet de loi de modernisation de l'ICE était depuis longtemps dans les bureaux des législateurs et sa discussion a été ajournée à plusieurs reprises. Il est aussi clair, qu'en tout état de cause, il fallait faire un appel urgent à une réforme substantielle des mécanismes de contrôle de la CGR et des processus d'appel d'offres, point sur lequel -malgré la réforme de 2008-, il faut absolument travailler.

Le groupe ICE s'est affaibli aussi du point de vue de l'autonomie de direction et de gestion. D'une part, les rangs moyens ont perdu toute autorité en renforçant la bureaucratie interne, car presque toutes les décisions devront être désormais approuvées par l'administrateur ou le conseil de direction. Cela a préjudicié la performance et l'efficacité de la deuxième entreprise d'Amérique Centrale²⁰⁶. D'autre part, l'autonomie institutionnelle du Groupe ICE s'est réduite du fait de la loi 5507 sur les présidences exécutives. Celle-ci prévoit en effet que « le Président directeur doit être fidèle au Gouvernement, avant même l'Institution ou le pays »²⁰⁷. Cette disposition particulière a limité l'ancien président directeur de l'ICE qui a été „obligé“ d'accepter de nouvelles restrictions, tout en étant bien conscient que cela allait limiter les capacités, notamment financières, du Groupe.

²⁰⁵ZUÑIGA, J. C. (Secrétaire de presse, SITET: Syndicat Industriel des travailleurs électriques et de télécommunications). Interview réalisée à Genève le 27 mai 2006.

²⁰⁶ D'après América Economía, 9-29 juillet 2004, en considérant tout le Groupe ICE (ICE, CNFL et RACSA ensemble).

²⁰⁷ Loi 5507 des Présidences Exécutives du 19 avril 1974. *Asamblea Legislativa*. San José, Costa Rica.

Sur le plan financier, certaines régulations ont restreint la capacité de réinvestissement indispensable pour maintenir la compétitivité dans ce secteur de pointe. Malgré la force du mandat légal contenu dans la loi de création de l'ICE de 1949, qui précise que son activité « ne devra pas être considérée comme une source productrice de revenus fiscaux », le Groupe ICE a été obligé de transférer des sommes importantes au gouvernement central et à d'autres institutions de caractère social en particulier. C'est ainsi que le principe de réinvestissement s'est vu menacé depuis quelques années, « à travers différents mécanismes tels que le paiement d'impôts spécifiques, l'acquisition de bons d'Etat et de virement directs; l'ICE transférait annuellement au gouvernement central 44.455 mille millions de colons (plus de soixante millions d'euros) »²⁰⁸. Pour le secrétaire de presse du syndicat des travailleurs de l'ICE, M. Juan Carlos Zuñiga, « il est évident que l'ICE était obligé de limiter ses investissements et de retarder des projets en sacrifiant la qualité des services et en réduisant sa rentabilité, ce qui justifie l'insatisfaction des clients et la baisse considérable de son image »²⁰⁹.

A ce sujet, l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) a recommandé aux pays de réinvestir 60% des revenus du secteur pour arriver à un niveau optimal de développement²¹⁰. Or, le Costa Rica a réinvesti seulement 40% des revenus annuels du secteur pendant la période allant de 1990 à 2005. Depuis l'année 2002, le Ministère des Finances exige de la part de l'ICE l'utilisation de la formule du Fonds Monétaire International pour l'élaboration de ses budgets. Pour le spécialiste M. Gerardo Fumero « ce format a limité totalement les possibilités d'investissement de l'institution, parce que cela l'oblige à couvrir tous les coûts et investissements de l'année au moyen des revenus propres de cette période »²¹¹. L'application de ce modèle de contrôle sur les investissements des entités décentralisées a provoqué des confusions lors du contrôle administratif de la CGR. En 2002, le gouvernement, suivant la recommandation du Ministre des Finances, a imposé au groupe ICE d'importantes restrictions à l'investissement. Cela a contraint l'entité à renégocier des paiements avec ses différents

²⁰⁸ GARAY, K. "ICE transfere al Gobierno 44 mil millones". El Heraldo. San José, 3 de julio de 2003.

²⁰⁹ ZUÑIGA, J. C. (Secrétaire de presse, SITET: Syndicat Industriel des travailleurs électriques et de télécommunications). Interview réalisée à Genève le 27 mai 2006.

²¹⁰ Cf. UIT. Transformation des relations économiques dans les télécommunications internationales. La nouvelle fonction de l'Etat dans une ère de libéralisation des télécommunications. Septième colloque sur la Réglementation. Genève, 3-5 décembre 1997.

²¹¹ FUMERO PANIAGUA, G. *TLC con Estados Unidos. Desafío al modelo solidario de Costa Rica: El caso del ICE*. EUNED. San José, setiembre 2005. P. 50.

créanciers, ce qui a bien évidemment coûté cher à l'institution et a affecté son image comme investisseur.

Pourtant, l'affaiblissement du Groupe ICE n'est pas la responsabilité exclusive des différents gouvernements qui ont limité son autonomie administrative et financière. Il faudrait ajouter les excès de la politique sociale du groupe ICE. Seulement pour citer quelques cas particuliers, en 2002, le Costa Rica avait une productivité de 5,62 employés pour 1000 lignes téléphoniques. Bien que le syndicat de l'ICE indique que cet indice a été considérablement amélioré ces dernières années, il permet de faire le point sur la politique sociale du groupe. Etant en-dessous de la moyenne du continent, cet indice est le reflet d'une mauvaise organisation interne. Le problème se pose notamment du côté des salariés (fonctionnaires). Des accords entre le conseil de direction et les syndicats concernés sont encore aujourd'hui très fortement mis en question. Ce sont des conventions collectives parfois trop excessives, avec d'importants privilèges pour les salariés (tels que des primes particulières, congés spécifiques, des conditions de retraite très favorables, etc...). Ces conventions, on les retrouve dans la plupart des entreprises publiques au Costa Rica. Pourtant, ce sont des conditions que l'on peut difficilement trouver dans une entreprise privée qui vise l'efficacité.

De même, les affaires de corruption qui ont été mises à jour dans le secteur en 2004 sont probablement la conséquence de la perte d'autonomie institutionnelle en raison de la montée d'influence du pouvoir politique dans la prise de décisions du Groupe ICE. L'affaire « Alcatel », pour laquelle a été initialement condamné²¹², entre autres, l'ancien Président du pays, Miguel Angel Rodriguez, en est sans aucun doute l'exemple le plus flagrant²¹³. L'entreprise française aurait versé des pots-de-vin substantiels à de hauts fonctionnaires et membres du gouvernement, dans le but d'assurer un contrat pour l'installation de quatre cent mille lignes de téléphonie mobile²¹⁴. En octobre 2004, on a établi que les primes payées par Alcatel étaient à l'origine d'un

²¹² Condamnation criminelle qui est en cours de révision par le Tribunal d'Appellation.

²¹³ L'affaire de corruption ICE-Alcatel a fait l'objet d'une enquête aussi aux Etats-Unis où Alcatel est coté en bourse, et où l'ancien directeur d'Alcatel pour l'Amérique Centrale, Christian Zapzizian, a été condamné.

²¹⁴ Selon diverses informations données sur la Chaîne 7 de télévision et parues au journal La Nación à San José Costa Rica, entre juillet et septembre 2004. Informations reprises par Le Monde, France.

surcoût du réseau mobile GSM²¹⁵ pour l'Institution, situation contraire à l'intérêt public poursuivi par l'entreprise. Le secteur des télécommunications est ainsi exposé depuis quelques années à l'emprise des grandes entreprises qui participent aux appels d'offre, ainsi que des pouvoirs politiques, du fait de la perte d'autonomie institutionnelle de l'opérateur public.

Selon l'ancien directeur juridique de l'ICE, pendant plusieurs années d'existence, l'ICE a été limité par différentes dispositions légales et réglementaires qui ont affecté d'une certaine manière l'autonomie et l'efficacité de sa gestion. Il est évident que ces normes ont été approuvées et appliquées à l'Institution dans un contexte historique différent de l'actuel, de sorte que sa révision à présent devenait urgente. Toutefois, il faut ajouter les excès institutionnels liés à la perte d'efficacité et l'affaiblissement de l'opérateur public et donc, du monopole public dans le secteur des télécommunications. M. Jiménez prévenait dès lors, qu'il existait des lois, décrets et normes d'organisation institutionnelles qui n'étaient pas compatibles avec un scénario concurrentiel. Dans ce sens, il fallait faire des efforts afin de fortifier et moderniser l'ICE, mais il fallait surtout appliquer des mesures qui consolident le décret 449, en libérant l'ICE de différentes normes restrictives²¹⁶.

§2. La nécessité d'adaptation de la législation aux nouveaux défis

La mise en place des nouvelles technologies, l'interconnexion des ordinateurs aux réseaux, ainsi que la convergence des services forcent nécessairement et depuis longtemps, à une revalorisation du concept traditionnel de réseau et d'exploitation des infrastructures des télécommunications.

« Cette révolution technologique accélérée contraste avec les entreprises publiques traditionnelles qui sont les concessionnaires des services de télécommunications. Ces entreprises soumises à des contrôles excessifs, sans flexibilité, dépourvues d'autorité, extrêmement rigides lors des processus administratifs, font face à des entreprises privées performantes, flexibles, efficaces et

²¹⁵ *La Nación, San José. "Pago de comisiones encareció Red Celular GSM". San José, Costa Rica. 16 de octubre de 2004.*

²¹⁶ JIMENEZ, Erick. Ancien Directeur Juridique A.I de l'ICE. Manifestations lors de l'audience auprès de la Commission Législative qui connaissait le projet de loi de modernisation des entités publiques du secteur des télécommunications.

pratiquement affranchies de contrôles, qui opèrent sur des marchés à concurrence libre»²¹⁷. L'ancien PDG du Groupe ICE était déjà conscient du retard technologique et des nouveaux défis de l'institution: « (...) il est clair que les réseaux actuels sont fondés sur des échanges de voix et il n'y a pas encore d'architecture de transport et de commutation basée sur des données, ce qui représente un énorme défi à surmonter pour assumer l'incroyable augmentation du trafic par Internet »²¹⁸. Cela explique l'urgence face à laquelle l'entreprise s'est trouvée pour élaborer des projets visant à moderniser le système, de manière à ce que celui-ci puisse se baser sur des « *info communications IP* » (Internet Protocol).

C'est dans le nouveau scénario technologique que sont apparues des « fraudes aux télécommunications » parallèlement aux délits informatiques. Un exemple d'une activité de plus en plus courante était le « *ring back* » ou « *call back* »²¹⁹ qui provoquait, dans le cas du Costa Rica, des pertes millionnaires à l'opérateur public du fait que les grands clients préféraient utiliser ce mécanisme en raison des tarifs élevés de l'ICE sur les appels internationaux. De même, dû à l'absence des normes sur le sujet, on retrouvait des services comme le « *trunking* » et les « réseaux *wireless* privés ». En général, le problème se posait à cause de l'illégalité dans laquelle opéraient les entreprises privées. Elles échappaient aux contrôles légaux et tarifaires. Cette situation favorisait la revente de services à des prix très bas, surtout grâce au fait qu'elles ne devaient pas investir dans des infrastructures, car elles utilisaient le réseau central tout en ne payant rien à l'opérateur public. Ces activités, aux conséquences néfastes pour l'économie nationale, ont été le résultat d'une législation déficiente, qui ne prévoyait pas des sanctions pour de tels délits électroniques modernes.

Depuis les années 90, quelques juristes spécialisés faisaient déjà appel à une nouvelle législation et évoquaient la nécessité d'une loi spécifique pour ce secteur. Pour le juriste Jorge Calderón (consultant pour la Banque Mondiale) « *l'absence d'une législation adéquate et d'un contrôle*

²¹⁷CALDERON ARIAS, J. *Marco Legal de las Telecomunicaciones en Costa Rica. IV Seminario AHCJET – Unión Europea, sobre Derecho de las Telecomunicaciones. Guatemala. Junio, 1994. P. 138*

²¹⁸COB SABORIO, P. (Ancien PDG du Groupe ICE). *La empresa en la actualidad está abocada a implantar proyectos que pretenden modernizar el sistema de manera que esté basado en las info-comunicaciones IP. La situación actual de nuestra empresa respecto al país y la región. AHCJET. Entrevista de actualidad. 4 de abril de 2001. Sur : www.ahciet.net*

²¹⁹Le mécanisme du *call back* opère de l'extérieur à travers la déviation du trafic mais tout en utilisant l'infrastructure publique, ce qui permet aux opérateurs d'éviter le paiement d'interconnexion et de charges fiscales.

efficace de l'activité entraîne un sérieux conflit tant légal que d'intérêts, entre les opérateurs, les usagers et l'Etat. Le principe de la légalité, fondement de l'administration publique, oblige le concessionnaire à un contrôle strict au niveau des investissements et de l'engagement des salariés, et en plus l'oblige à être soumis à un contrôle rigoureux de son activité. Une telle situation empêche les concessionnaires publics de satisfaire la demande et de pouvoir introduire rapidement de nouvelles technologies dans le système »²²⁰.

Le retard technologique s'est manifesté de plus en plus en dépit des efforts de l'entreprise publique pour le rattraper. Selon le rapport du Forum économique mondial, en 2006, le Costa Rica se plaçait à la 85^{ème} position parmi 115 pays pour l'accès à l'Internet dans les écoles. Seul 1% des ménages pauvres du pays avaient accès à l'Internet. Par rapport aux prix du service d'Internet, le pays se plaçait en 2008 en 42^{ème} position, alors que la plupart des échanges en télécommunications se servent de l'Internet.

Encore en 2008, il n'existait pas une loi de caractère général pour le secteur des télécommunications au Costa Rica. L'urgence était telle que tous les acteurs et secteurs concernés étaient unanimement favorables à une nouvelle législation qui puisse permettre la reconfiguration du cadre normatif du secteur. Pour l'ancien PDG du Groupe ICE « (...) *dans une ambiance de concurrence sur les marchés des télécommunications, le cadre de régulation devrait continuer à promouvoir la croissance des systèmes de télécommunications ; il doit rechercher l'efficacité des services offerts ainsi que l'équité entre les acteurs. Pour atteindre ces objectifs, le cadre juridique disposerait d'instruments de concurrence, d'interconnexion et de politiques actives pour instaurer le service universel »²²¹.*

L'ouverture du marché des télécommunications au Costa Rica était imminente. La nouvelle législation devrait assurer la transition du modèle monopolistique vers un marché concurrentiel. Il faudrait adapter les structures du marché pour permettre la mise en place d'une concurrence vive tout en assurant l'accès universel aux services. La discussion concernant le maintien du

²²⁰ CALDERON ARIAS, J. *Marco Legal de las Telecomunicaciones en Costa Rica*. IV Seminario AHCINET – Unión Europea sobre Derecho de las Telecomunicaciones. Guatemala. Junio, 1994. P. 144

²²¹ COB SABORIO, P. (Ancien PDG du Groupe ICE). *El motivo primordial del ICE ha sido de ser motor de desarrollo para la sociedad costarricense*. AHCINET. Entrevista de actualidad, 6 de octubre de 2003. En : www.ahciet.net

monopole ou l'ouverture du secteur à la concurrence était ouverte depuis quelques années. Les réactions étaient assez diverses parmi les différents secteurs de la société costaricienne. Pour les secteurs syndicaux « le sujet de l'ouverture des télécommunications, tel qu'il a été négocié dans le cadre du CAFTA, a provoqué un grand malaise parmi les Costariciens. Les arguments exposés étaient que les télécommunications étaient perçues comme un droit et non comme une marchandise, et que l'ICE était une institution emblématique qui a fortement contribué au développement du Costa Rica »²²². Cependant, différents rapports montraient que la majorité des Costariciens était favorable à l'ouverture du marché, mais ils révélaient aussi une certaine méfiance par rapport à la continuité de l'accès universel dans un marché libéralisé, dû au fait que celui-ci était assuré par l'opérateur public. Par ailleurs, une certaine crainte se manifestait à cause des expériences passées de privatisation en Amérique Latine²²³.

Or, le projet d'ouverture au Costa Rica n'exclut pas la participation de l'opérateur public sur le marché. Tout au contraire, il devient évident, lors du processus de concertation, que l'intérêt et la volonté des autorités et des secteurs favorables à l'ouverture du marché, est de renforcer l'ICE et de le moderniser pour adapter sa structure au marché concurrentiel. La décision finale par rapport au maintien du modèle monopolistique ou du passage vers la libéralisation d'un environnement concurrentiel a été prise lors de la signature du Traité de Libre Commerce entre l'Amérique Centrale et les Etats-Unis (CAFTA) et sa ratification ultérieure. Le Costa Rica s'est dès lors engagé à l'ouverture des télécommunications à partir du 2006. La question du monopole n'était plus d'intérêt malgré la forte opposition des différents secteurs sociaux à la ratification du traité. Aujourd'hui, l'importance repose encore sur la question de l'efficacité de la nouvelle législation et des pouvoirs des autorités de régulation et de contrôle de la concurrence, afin d'obtenir une véritable concurrence sur le marché, tout en garantissant une prestation correcte des services, l'introduction de nouvelles technologies et l'accès universel aux services des télécommunications.

²²² VILLASUSO ESTOMBA, J.M. *TLC: Instrumento de Libre Comercio? Editorial EUNED. San José, Costa Rica. 2004. P. 8.*

²²³ C'est le cas de La Colombie où finalement le processus d'ouverture a donné lieu à un oligopole des opérateurs privés, qui se sont répartis géographiquement le marché, sans une véritable concurrence avec une législation très faible. Cf. SANTOS, J.M. *Colombia: En el país se paga mucho más por comunicaciones de lo que se debería pagar. El Tiempo. Bogotá, 9 de agosto de 2004.*

§3. Le CAFTA²²⁴ : L'accélération de l'ouverture obligeait une redéfinition du cadre juridique.

Le Costa Rica est signataire de nombreux Traités et conventions internationales concernant le secteur des télécommunications. Pourtant, c'est le Traité de Libre Echange entre les Etats-Unis, l'Amérique Centrale et la République Dominicaine (CAFTA) qui marque la principale transformation dans le secteur. Le CAFTA a été initialement souscrit par le Costa Rica en 2004. Pourtant il n'a été approuvé qu'en 2008, à la suite d'un référendum populaire en octobre 2007. Le chapitre XIII a trait aux compromis des Etats signataires envers le marché des télécommunications. Cependant, le Costa Rica a dû souscrire une annexe 13 au Traité sur des engagements spécifiques liés aux conditions pour la libéralisation du secteur des télécommunications.

Le premier engagement spécifique concernait la modernisation de l'opérateur public à partir de la promulgation de normes lui permettant de concurrencer efficacement le marché libéralisé. D'après Erick Jiménez, modernisation du Groupe ICE devait passer premièrement par l'adaptation de l'Institution et de ses entreprises à l'environnement concurrentiel; ensuite, par la complémentarité du Décret de Loi 449 afin de consolider les biens de l'entreprise; et enfin, par la dotation de la part de l'ICE des conditions juridiques, financières et administratives idéales pour la prestation compétitive des services, tant au niveau national qu'international. Dans ce sens, selon son critère il fallait abroger certaines normes qui limitent l'autonomie administrative et d'autre part, faciliter de nouveaux instruments pour un fonctionnement optimum de l'ICE et de ses entreprises²²⁵.

C'est par la voie du CAFTA, que le pays s'est engagé vers l'ouverture graduelle et sélective des services de télécommunications. Cela inclut les services de réseaux privés, les services de l'Internet et les services mobiles. Pourtant, dès la signature du Traité et jusqu'à ce jour, il reste encore du travail à faire pour répondre à des engagements spécifiques. En particulier, le pays doit

²²⁴ CAFTA (*Central America Free Trade Agreement*). Traité de Libre-Échange entre les Etats-Unis, l'Amérique Centrale et la République Dominicaine.

²²⁵ JIMENEZ, Erick. Ancien Directeur Juridique A.I de l'ICE. Manifestations lors de l'audience auprès de la Commission Législative qui connaissait le projet de loi de modernisation des entités publiques du secteur des télécommunications.

encore garantir aux nouveaux acteurs des conditions d'égalité d'opportunités propres à un marché concurrentiel. C'est le cas spécifique des régulations locales ayant trait à l'autorisation pour la construction d'antennes cellulaires. Il y avait encore en 2012, 19 cantons sur 81 qui se refusaient à autoriser la construction d'antennes aux nouveaux adjudicataires mobiles (la mexicaine *Claro* et l'espagnole *Telefónica*), entretemps l'ICE demeure exempte de permissions préalables et peut développer son réseau sans aucune contrainte de la part de l'administration locale.

Au niveau du spectre, le CAFTA stipulait que pour la prestation mobile le Costa Rica devait mettre à disposition des nouveaux acteurs certains niveaux de fréquence sur les bandes de 800 MHz, 900 MHz et entre 1700 et 1999 MHz, suivant les recommandations de la CITEL (Commission Interaméricaine des Télécommunications) et de l'UIT (Union Internationale des Télécommunications). Pourtant, il a fallu plusieurs négociations et de nombreux mois avant que l'ICE accorde la dévolution en faveur de l'Etat de plusieurs fréquences qu'il avait utilisées auparavant sans aucun contrôle. Cela a occasionné un grand retard pour l'Etat costaricien dans l'accomplissement des accords du CAFTA et a obligé le gouvernement à demander plusieurs fois que le délai original soit reporté.

Parmi d'autres compromis spécifiques du Costa Rica lors du CAFTA, l'annexe 13 du Traité établit la nécessité que la régulation nationale vise le développement du service universel. Le Costa Rica a le droit de définir le type de service universel selon néanmoins certaines conditions de transparence, de traitement non discriminatoire et de neutralité. Le Traité se réfère expressément au fait que les obligations du service universel ne seront pas considérées anticoncurrentielles en soi, tant qu'elles se fondent sur les principes précités de transparence et de non-discrimination²²⁶.

De même, l'annexe 13 du CAFTA pose les principes selon lesquels va se développer la nouvelle régulation des télécommunications. En premier lieu, le service universel doit respecter les conditions déjà mentionnées. Ensuite, le pays s'est engagé à créer une entité indépendante chargée de la régulation sectorielle. Les compromis comprennent également le principe de

²²⁶*Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (CAFTA-RD). Anexo 13. Punto IV Principios Regulatorios.*

transparence lors des concours publics, les processus d'adjudication et les procédures d'interconnexion. Précisément, un autre principe prévu dans le Traité est celui de l'interconnexion régulée et l'élaboration des normes pour l'accès et l'utilisation des réseaux et des régulations pour les installations essentielles ainsi que pour les ressources rares, telles que les fréquences, la numération et les droits de voie.

C'est dans ce contexte régional et commercial du Traité que le Costa Rica a élaboré une nouvelle législation sur la base des principes établis dans l'annexe 13 du CAFTA et dans le but de répondre au nouvel ordre dynamique et technologique des télécommunications.

CHAPITRE 2. / Le nouveau cadre juridique des télécommunications au Costa Rica

En juin 1998, le gouvernement, avec la participation des représentants des salariés et des entreprises, a établi un processus de concertation nationale dans le but de définir les différentes bases pour la modernisation du secteur des télécommunications²²⁷. Les trois lignes fondamentales de la négociation étaient les suivantes: la promulgation d'une loi de régulation du marché des télécommunications, la transformation du Groupe ICE et la planification d'une ouverture ordonnée du secteur.

Finalement, le rapport de la commission des télécommunications du Forum National de Concertation²²⁸ a accordé la présentation des recommandations pour l'accomplissement de la nouvelle législation. Tout d'abord, la modernisation du Groupe ICE à travers une loi antérieure ou parallèle à la loi générale des télécommunications. Le projet de loi devrait déroger aux normes financières et budgétaires qui limitent l'autonomie institutionnelle. De même, on prévoit une réorganisation du Conseil Directoire et des directeurs d'entreprises qui font partie du Groupe.

²²⁷ À travers le Décret exécutif 27106-MP du 13 juin 1998, le pouvoir exécutif a réglementé les principes, les normes, les procédés et les organes chargés de développer le processus de concertation nationale. Cela a été la solution mise en place pour mettre fin à une série de fortes manifestations populaires opposées à une série de projets de loi qui, entre autres, visaient à l'ouverture du secteur des télécommunications.

²²⁸ UIT. Rapport du 3 octobre 1998 de la Commission des Télécommunications du Forum National de la Concertation. UIT. *Descripción General del Modelo Regulatorio –Costa Rica–*. ITU Library. 2005. P. 148.

En deuxième lieu, la commission recommande la rédaction d'une loi générale de télécommunications qui comprenne une norme générale pour l'accès à l'exploitation publique et privée des services de télécommunications. Le rapport établissait déjà la création d'une Autorité de régulation et présentait les principes normatifs tels que l'accès universel au service, la promotion de la concurrence, les conditions égalitaires pour l'accès à la boucle locale, le contrôle et la supervision des activités économiques et techniques, ainsi que l'obligation d'interconnexion.

Pour accomplir la plupart de ces principes, le rapport fait référence, en troisième lieu, aux conditions indispensables pour configurer la nouvelle autorité de régulation. Cette entité de régulation devra être indépendante tant sur le plan politique que fonctionnel et administratif et ses fonctions devraient être séparées de celles de l'actuelle autorité de régulation (ARESEP). Le quatrième et dernier pilier du rapport faisait allusion à l'importance du caractère graduel du processus d'ouverture, selon des étapes qui sont considérées comme indispensables pour bien permettre la transition du modèle monopolistique vers un marché libéralisé.

Le premier projet de loi visant à l'ouverture du secteur a échoué à l'Assemblée Législative en 1998, en raison de la pression populaire et médiatique quant aux conditions du processus, qui se sont considérablement distancées des recommandations du rapport mentionné ci-dessus. C'est en 2006, sur la base des compromis spécifiques adoptés par le Costa Rica lors de la signature du CAFTA, qu'ont été présentés deux nouveaux projets de loi visant à nouveau à l'ouverture, en respectant cette fois en principe les conditions établies dans le rapport émis 8 ans auparavant. Le processus de discussion et de promulgation des lois a duré deux ans. En juin et août 2008, deux lois ont finalement été promulguées : c'est d'abord, la loi n° 8642, dite « *Ley General de Telecomunicaciones* » (Loi Générale des Télécommunications) qui établit le modèle de régulation et de contrôle de la concurrence sectorielle (**Section 2**), et ensuite, la loi n° 8660 dite « *Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones* » (Loi de Consolidation et de Modernisation des entités publiques du secteur des télécommunications) qui concerne la modernisation du secteur, l'opérateur public y compris (**Section 1**), et sur laquelle on va se pencher en premier lieu, afin d'analyser la nouvelle structure de participation de l'État dans le secteur des télécommunications.

Section 1.- Une nouvelle définition des compétences dans le secteur des télécommunications : la loi 8660

La loi n° 8660 du 30 août 2008 compte parmi ses objectifs l'organisation du secteur. Cette loi établit les bases pour la définition de la régulation et de la distribution des compétences et des rôles que vont jouer les différents acteurs de l'État dans le secteur, malgré le fait qu'à défaut de la procédure législative, cette loi ait été approuvée postérieurement à la Loi Générale des Télécommunications, approuvée un mois auparavant. Pourtant, il est vrai que les deux commissions législatives ont travaillé simultanément pour aboutir à des normes compatibles.

Selon les discussions à la Commission de rédaction de la loi de modernisation du secteur, les objectifs de cette norme peuvent être résumés comme suit :

- La création du secteur proprement dit des télécommunications. Auparavant, il n'y avait qu'un seul opérateur public partiellement régulé.
- La séparation des rôles de l'Etat dans le secteur, en tant que recteur, régulateur et opérateur.
- La modernisation et le développement des fonctions et attributions des entités publiques du secteur, à savoir, le Ministère recteur, l'Autorité de Régulation et l'opérateur public –le Groupe des entreprises de l'ICE-.
- La flexibilisation du cadre normatif visant l'ICE et ses entreprises, lui permettant de parvenir à l'efficacité dans un marché concurrentiel.
- La définition des bases et des conditions selon lesquelles vont participer les différents opérateurs publics et privés soumis à la régulation.
- La promotion d'une régulation fondée sur le critère moderne de convergence.

C'est à partir de ces objectifs que la Loi 8660 établit la séparation fonctionnelle : la politique sectorielle en charge du Ministère recteur (§1) ; la fonction régulatrice en charge d'une entité indépendante (§2) et, finalement, la fonction prestataire de services, en charge de l'opérateur historique (§3).

§1. Le pouvoir politique et de planification

La fonction rectrice est un élément essentiel de la gouvernabilité du secteur, que ce soit une faculté ou bien la capacité de l'État de diriger l'activité des agents économiques vers l'accomplissement des objectifs du développement national, de manière telle que toute action s'accorde avec les politiques nationales²²⁹. C'est ainsi qu'il a été justifié de déléguer les pouvoirs politiques et de planification aux organes politiques de l'État.

Concrètement, la loi 8660 établit que la fonction politique et de planification relève de la compétence du Ministère de l'Environnement, de l'Énergie et des Télécommunications (MINAET). Pourtant, dès 2006, à partir de la promulgation du Décret numéro 33151, le gouvernement avait déjà assigné des fonctions rectrices au Ministère de l'Environnement et de l'Énergie, deux ans avant la création même du portefeuille ministériel du secteur des télécommunications. Pourtant, il semble que la loi était nécessaire afin de compléter avec plus de précision les compétences et fonctions du Ministère. Dans ce sens, l'article 39 de la loi 8660, a fortement élaboré les compétences et fonctions rectrices du MINAET, parmi lesquelles il faut souligner la formulation et révision des politiques de développement du secteur, la coordination de l'Administration Publique, la représentation du pays auprès des organismes et forums internationaux, la coordination des politiques de développement des télécommunications et la promotion de la Société de l'Information promouvant des actions dans le but de réduire la brèche digitale.

Politiquement, le Ministère est responsable de diriger le développement du secteur, selon les priorités nationales en matière de compétitivité, universalité, solidarité et de couverture des réseaux et services. De même, la coordination et l'interaction entre les secteurs électriques et de télécommunications, sans oublier les politiques au niveau environnemental incombent au MINAET. Ces trois champs d'actions doivent toujours être reliés dans le but de chercher à développer les synergies entre ces secteurs prioritaires dans l'agenda national.

²²⁹ *Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT). Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.* San José, Costa Rica. 2009. Sur: http://www.telecom.go.cr/index.php/publicaciones2/cat_view/52-publicaciones/36-plan-nacional-de-desarrollo-de-las-telecomunicaciones

Néanmoins, il est clair que le rôle principal du MINAET en tant qu'entité rectrice du secteur est de coordonner et d'élaborer le Plan National de Développement des Télécommunications (PNDT). Selon les termes de l'article 40 de la loi 8660, le PNDT est l'instrument de planification et d'orientation générale du secteur où sont définis les buts, les objectifs et les priorités sectorielles. Le PNDT est bien évidemment un instrument politique qui doit faire partie intégrale du Plan National de Développement approuvé par la Présidence de la République.

Selon le PNDT, les actions du MINAET doivent être orientées par des fondements, tels que la création de synergies sur les champs d'action ministérielle, l'attraction de flux d'investissements toujours encadrés par la politique de développement en harmonie avec l'environnement, la promotion de nouvelles technologies et la promotion d'un dialogue continu avec l'entité de régulation et les acteurs du marché. Pour l'instant, il faudrait souligner positivement les actions du MINAET dans l'accomplissement du processus d'ouverture dans le cas particulier de l'adjudication des fréquences de téléphonie mobile aux entreprises *Claro* et *Telefónica*.

Toutefois, il faut critiquer l'absence de dialogue et de coordination entre le MINAET et la SUTEL. Surtout dans le cadre de la promotion de certaines politiques et sauvegardes que le marché rendrait plus transparentes, en particulier l'implémentation de la portabilité numérique, thème qui demeure toujours relégué aux oubliettes par les entités publiques, ainsi que le délai de la promotion d'un environnement concurrentiel des réseaux à hauts débits²³⁰.

En ce qui concerne notre sujet d'étude, le PNDT considère, parmi ses lignes d'action et principes de la politique, le sujet de la promotion de la concurrence, comme point de départ nécessaire pour atteindre une série d'objectifs sur le plan statistique, tels que la croissance des taux de pénétration des services de télécommunications et les indices d'accès aux nouvelles technologies. Il reste à connaître la première évaluation de l'accomplissement des actions et des buts définis pour le premier PNDT. Du côté de la concurrence, il est encore prématuré de s'aventurer à émettre une conclusion.

²³⁰ Voir à ce sujet, l'étude de Deloitte publiée par « *El Financiero* » relatif à la perception de la concurrence dans les services d'Internet, à deux ans de l'ouverture du marché des télécommunications. 21 novembre 2011. San José, Costa Rica. http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2011/noviembre/27/enportada2979076.html

§2. L'autorité de régulation sectorielle : le débat par rapport à la création de la SUTEL.

Par le biais de la réforme à la loi 7593 sur la création de l'Autorité de Régulation des Services Publics (ARESEP), la loi 8660 a inclus un nouveau chapitre relatif à la « *Superintendencia de Telecomunicaciones* » (SUTEL). La modification à la loi de l'ARESEP suppose alors la création d'une autorité de régulation sectorielle. La SUTEL est un organe adscrit à l'ARESEP, doté d'une personnalité juridique instrumentale pour l'administration du Fonds National des Télécommunications (FONATEL). Elle comptera du côté budgétaire, sur un canon de régulation payable proportionnellement par les différents acteurs autorisés sur le marché. Normalement, la SUTEL devra compter sur des ressources humaines et professionnelles qualifiées, dû au fait que le législateur a approuvé un statut salarial différent et considérablement plus avantageux par rapport aux autres salariés du secteur public.

De même, la SUTEL est dirigée par un Conseil Directoire composé de trois membres choisis par le propre Conseil Directoire de l'ARESEP parmi une liste de candidats (concours public), et finalement ratifiés par l'Assemblée Législative. Selon le journaliste Boris Ramirez, l'expérience costaricienne montre que n'importe quelle nomination au sein de l'Assemblée va susciter de la controverse²³¹. À notre avis, d'après la gestion du Conseil des trois premières années, l'Assemblée semble avoir bien blindé le Conseil par rapport à l'influence politique²³². Or, malgré un bon parcours professionnel et une importante formation académique, aucun membre n'avait de l'expérience sur le plan de la régulation du secteur des télécommunications ou des secteurs en concurrence. Ce qui est plus inquiétant encore, c'est qu'aucun d'entre eux n'a été présent lors du procès de la création des normes, ce qui a provoqué, à mon avis, une distorsion entre ce qui a été finalement conçu par les rédacteurs et les législateurs et ce qui a finalement été mis en pratique par la SUTEL. Plusieurs décisions auxquelles on fera référence tout au long de cette étude,

²³¹ RAMIREZ Boris. Déclaration sur l'émission du programme radio « *Hablando Claro* » lors de l'enquête visant Mme. Marileana Méndez, Présidente du Conseil Directoire de la SUTEL. Radio Columbia. San José, 11 janvier 2012.

²³² Il faudrait rappeler que les premiers candidats choisis par l'ARESEP ont été rejetés par l'Assemblée Législative. Parmi les premiers candidats recommandés par l'ARESEP, il y avait une ancienne députée d'un parti politique traditionnel sans aucune expérience ou formation sur le plan de la régulation ou de la concurrence dans le secteur des télécommunications.

semblent être très éloignées des concepts et principes de base originellement conçus par les membres consultants de la commission de rédaction.

D'autre part, la loi accorde une multiplicité de fonctions à la SUTEL. Cela comprend selon l'article 60 de la Loi 7593, l'administration du Fonds National des Télécommunications, la régulation tarifaire, la promotion de l'introduction des nouvelles technologies, la protection des droits des usagers, le contrôle de l'accomplissement des obligations des opérateurs, le contrôle de l'accès aux ressources rares, le contrôle de l'usage efficace du spectre, la sanction des infractions administratives, et encore, assurer, selon les possibilités, la durabilité de l'environnement dans le cadre de l'exploitation des réseaux et la prestation des services de télécommunications.

Bien évidemment, certaines compétences sont également confiées à la plupart des autorités de régulation. Tel est le cas de l'homologue français, l'ARCEP. Pourtant, sur le plan du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, le Costa Rica parie sur un modèle qui fait exception en grande partie dans le monde. La COPROCOM ne sera désormais obligée qu'à rendre un avis sur chaque cas particulier. Ce sera la SUTEL, l'autorité de régulation sectorielle, l'entité chargée d'appliquer le régime de sanction, sujet auquel on fera référence en détail plus loin.

On avait déjà fait référence au rôle joué par l'ARESEP en tant que régulateur multisectoriel pendant la phase du monopole de l'ICE. Selon le PNDDT, le modèle multisectoriel est celui qui permet de mieux satisfaire les trois conditions fondamentales pour le succès de la régulation dans un contexte d'ouverture : l'indépendance, la multi-sectorialité et la spécialisation. Il est clair que la spécialisation de l'autorité de régulation est une condition critique particulièrement dans le cas des télécommunications. La création de la SUTEL répond, selon le PNDDT, à l'expression de cette nécessité. Le PNDDT fait aussi référence au fait que l'expérience de l'ARESEP dans des thèmes d'infrastructures, concurrence, service public et protection aux usagers, devrait servir de complément aux devoirs de la SUTEL. Ceci a été également pensé par les législateurs qui ont connu le projet de loi. Pourtant, certaines questions se posent par rapport au modèle choisi par le législateur.

Tout d'abord, sur le plan de la concurrence, l'ARESEP n'a aucune expérience. Il faudrait rappeler que l'ARESEP a toujours été une autorité de régulation des secteurs où n'opéraient que des monopoles publics définis légalement comme des services publics, tel est d'ailleurs encore le cas pour l'énergie électrique, l'eau, les transports publics et les carburants. En plus, on a déjà remarqué le rôle spécifique dans la promotion de la concurrence de la COPROCOM. C'était plutôt cet organe auquel le PNDDT, et donc, le MINAET en tant qu'entité rectrice du secteur, devrait se référer comme autorité supplémentaire pour seconder la spécialisation de l'autorité de régulation.

En considérant l'expérience vécue jusqu'à présent, il faudrait justement conclure que l'apport de l'ARESEP s'est fait exclusivement sur le plan administratif. À notre avis, ce sont davantage les barrières –particulièrement de direction et de budget-, qu'ont dû surmonter les membres du Conseil de SUTEL, que les besoins de faire partie de l'organigramme de l'ARESEP. Dans le même sens, M. Carlos Raul Gutiérrez, membre du Conseil Directoire de la SUTEL s'est attaqué à la constante intervention de l'ARESEP sur ce qu'il définit comme des compétences et décisions propres du régulateur sectoriel²³³.

Sur le plan institutionnel, il faudrait ajouter que l'ARESEP est l'entité chargée de promulguer le règlement interne de la SUTEL. Mais en plus, c'est l'ARESEP, qui est l'entité chargée de promulguer les règlements techniques en matière de télécommunications, selon l'article 77 alinéa 2, de la Loi Générale des Télécommunications. Cet article établit en outre l'obligation de l'ARESEP de promulguer le Règlement de l'Interconnexion, celui de la Protection de l'utilisateur, de la fixation tarifaire, de la prestation et qualité des services, de la concurrence, et de l'accès et du service universel. C'est aussi le Conseil Directoire de l'ARESEP, l'organe chargé de connaître les processus disciplinaires à l'égard des membres du Conseil de la SUTEL, qui a été précisément confirmé par le Procureur de la République (« *Procuraduría General de la República* ») lors d'une dispute entre le régulateur général et le Conseil de la SUTEL en 2009. Il est clair que le

²³³ GUTIERREZ, Carlos Raul. Membre du Conseil Directoire de la SUTEL. Entretien réalisé le 2 mai 2011. San José, Costa Rica. Lors de l'enquête soutenue, M. Gutiérrez a critiqué l'intervention de l'ARESEP sur les détails du projet de budget par exemple. A son avis, la SUTEL a mis beaucoup de temps pour aboutir à l'engagement de son recours humain et l'acquisition des recours techniques pour l'accomplissement de ses fonctions.

pouvoir de direction du Conseil de la SUTEL est mis en cause du fait de l'excès de compétences au Directoire de l'ARESEP.

D'autre part, la SUTEL doit –par disposition normative-, suivre les directives des actions soulignées par le gouvernement au niveau de la planification et qui sont établies dans le Plan de Développement (PNDT). Ceci a déjà généré certains conflits de pouvoir, par exemple, au moment de la définition de la modalité des concours publics pour l'adjudication des fréquences pour la téléphonie mobile, un thème auquel on fera aussi référence en détail ultérieurement.

Finalement, la nouvelle norme reconnaît la nécessité pour le pays de doter l'autorité de régulation de compétences et d'attributions suffisantes pour réguler les opérateurs et prestataires de services sur le marché des télécommunications sur la base de la convergence technologique. Pourtant, il semble à priori, et d'après les premières expériences institutionnelles, que certains aspects de l'indépendance de l'organe pourraient bientôt être révisés, afin notamment d'octroyer au Conseil de la SUTEL plus de discrétion vis-à-vis du Bureau de l'ARESEP et des pouvoirs renforcés dans l'ordre juridique pour aboutir à une gestion plus efficace. Postérieurement, on fera référence aux premières expériences de la SUTEL dans la connaissance des procédures de sanctions de pratiques anticoncurrentielles afin de poser les questions et d'émettre les avis pertinents.

§3. La modernisation de l'opérateur public

La situation particulière de l'entreprise publique rendait urgente une nouvelle législation : la loi de la création de l'ICE datant de 1949 était depuis longtemps dépassée. Les dernières lois et décrets ont même limité le développement du secteur des télécommunications, en réduisant l'autonomie institutionnelle de l'opérateur public. La nécessité d'adapter la législation aux nouveaux défis du secteur devenait prioritaire. À cet égard, les différents secteurs concernés ont négocié une réforme légale, qui a pour objet d'établir de nouvelles conditions pour faciliter la bonne marche de l'opérateur historique sur le marché de télécommunications.

Pourtant, dès 2006, le gouvernement avait déjà emprunté le chemin de la transformation de l'opérateur public. Il faut remarquer qu'avant même la promulgation de la Loi 8660, le

gouvernement avait passé le Décret exécutif N° 33401 du 19 octobre 2006, dans le but d'établir des actions visant à reformuler les effets des différentes normes de l'institution. C'était déjà le premier pas vers la modernisation, encore une fois à travers la dérégulation, car le Décret exempt l'ICE de certaines dispositions réglementaires en matière budgétaire, d'endettement, et de structuration interne.

Pour l'ancien directeur juridique de l'ICE, la modernisation passe d'abord précisément par la dérégulation²³⁴. En effet, parmi les réformes les plus substantielles, il faudrait souligner l'abrogation des dispositions normatives, par exemple de la Loi N° 6955, dite « *Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público* », qui établissait que l'Autorité budgétaire (gouvernement central) devait fixer les directives en matière d'emploi public tout en ayant la capacité de limiter le nombre de postes dans l'entreprise. De même, la réforme de 2008 a éliminé la limitation imposée par l'article 106 de la loi 7558 (« *Ley Orgánica del Banco Central* ») qui forçait l'entreprise à obtenir un avis favorable de la Banque Centrale chaque fois qu'elle aurait besoin d'un crédit à l'extérieur. Dans le même sens, la norme a exempté l'opérateur public de l'application de la Loi N° 8131 du 18 septembre 2011 (« *Ley de la Administración Financiera de la República y de Presupuestos Públicos* ») qui rendait à l'Autorité Budgétaire de l'État la faculté de formuler les directives de la politique budgétaire applicable obligatoirement à l'ICE.

Il est clair que l'ICE et ses entreprises doivent compter sur les mécanismes légaux et opérationnels nécessaires afin que –sans modifier leur nature juridique–, ils puissent concurrencer dans des conditions d'égalité les géants régionaux qui vont participer au marché. Sur cette base, la Loi 8660 de modernisation établit une série des réformes dans le but de renforcer les capacités de l'ICE, tant sur le plan de l'énergie que dans le secteur des télécommunications. De même, d'après le discours des législateurs au sein de la commission spéciale, cette loi cherche à compléter la Loi 449 de création de l'ICE et lui donner des instruments modernes en vue de son adaptation rapide à l'environnement concurrentiel. Le législateur vise un groupe d'entreprises fort, moderne et compétitif. Mais, une fois les réformes approuvées, l'ICE sera-t-il finalement en

²³⁴ JIMENEZ, Erick. Directeur Juridique a.i de l'ICE. Manifestations lors de l'audience auprès de la Commission Législative qui connaissait le projet de loi de modernisation des entités publiques du secteur des télécommunications. San José, Costa Rica. 2008.

mesure de lutter contre la forte pression concurrentielle d'entreprises de la taille de la mexicaine *Claro* et l'espagnole *Telefónica* qui sont solidement implantées dans la région ?

Il est impossible de répondre à cela en quelques lignes. Pour l'instant, on va se limiter à faire remarquer certains signaux sur le marché. D'abord, le processus d'ouverture initialement prévu pour 2007 n'a eu lieu formellement qu'en 2008. On ne peut pas s'attaquer à une stratégie de l'ICE, mais plutôt au processus de concertation national qui a finalement abouti à un plébiscite. Une fois les règles du jeu établies, c'est-à-dire, après la promulgation de la dernière loi en août 2008, le gouvernement et l'autorité de régulation ont mis presque trois ans pour aboutir à l'adjudication des nouvelles concessions pour l'exploitation du spectre pour des services mobiles. Ici, par contre, il est vrai que l'ICE est en partie responsable de ce délai, à cause de l'absence de volonté de coopérer avec le gouvernement pour restituer des fréquences que l'entreprise avait utilisées et qui devaient être disponibles pour des concurrents potentiels. Cependant, le gouvernement n'a pas pris les précautions nécessaires pour éviter cette situation ou la condamner, et il n'a pas eu de nerf ou de volonté politique pour les exiger de la part du Conseil Directoire, nommé politiquement. En plus, le gouvernement et la SUTEL se sont finalement concentrés sur l'ouverture du marché du mobile, en négligeant tous les autres services, en particulier, le fait que deux entreprises privées comptaient sur l'oligopole du marché du câble, avec pour effet une répartition géographique du marché depuis plusieurs années, sans que l'ouverture ait permis d'observer des résultats positifs jusqu'à présent. C'est ainsi, que l'ICE a remporté sa première « victoire » : le retard du processus d'ouverture sur le marché de la téléphonie mobile, afin de mettre en marche sa propre transformation en vue d'un environnement concurrentiel et d'améliorer sa propre infrastructure. L'entreprise a réussi à se fortifier face à la concurrence imminente.

Pourtant, en ce qui concerne sa filiale, l'entreprise RACSA –principale propriétaire du réseau de fibres optiques et prestataire du service d'accès à l'Internet-, la situation est beaucoup plus inquiétante. Depuis août 2010, le Groupe ICE compte sur un plan de récupération de l'entreprise qui cherche à couvrir ses pertes de 500 millions mensuels (environ € 750 mil par mois) encourues à partir de l'ouverture du marché. Auparavant, RACSA était la seule à prester le service de connectivité à l'Internet résidentiel et commercial, à travers les câblo-opérateurs. Une

fois le marché ouvert, les alliées stratégiques (« *AMNET – TIGO* » et « *CABLE TICA* » particulièrement) ont développé leurs propres réseaux et ont lancé l'offre des services « *double play* » (Câble et Internet) et sont déjà prêts à lancer des offres « *triple play* » (Câble, Internet et Téléphonie). Des quelques 120 mil clients, RACSA compte aujourd'hui moins de 50 mil. La situation critique de RACSA a été mise en évidence dans le rapport de la « *Contraloría General de la República* » d'octobre 2011 où l'organe contrôleur a conclu que l'ouverture a mis en évidence la vulnérabilité de RACSA en infrastructure et capitalisation. L'entreprise « ne dispose pas de l'infrastructure nécessaire pour égaliser ou améliorer les services de la concurrence, ce qui l'expose à une condition de risque de non permanence sur le marché »²³⁵. RACSA a été déclarée comme une priorité pour le Groupe ICE.

Néanmoins, son futur demeure incertain. En octobre 2011, le gérant de RACSA, M. Orlando Cascante, a révélé sa nouvelle stratégie pour les prochaines années. L'entreprise se concentrera sur la commercialisation d'applications, ainsi que sur des solutions et des services corporatifs et résidentiels. En plus, l'entreprise pariera sur la connectivité à l'Internet à travers le territoire national et va se lancer sur le marché centre-américain. Cependant, le principal projet de développement du réseau de fibres optiques –qui aurait été mis en marche en partenariat avec l'entreprise suédoise Via Europa-, a demandé quatre ans de discussions au sein du Conseil Directoire de l'ICE, pour être finalement relégué aux archives en novembre 2011. Ce projet aurait permis plus de 360 mil nouvelles connexions d'Internet à haut débit, c'est ce qui aurait signalé le retour de RACSA à la tête des services d'Internet²³⁶. Ces changements d'agenda provoquent de l'incertitude quant aux objectifs poursuivis par RACSA. Il semble désormais que cette subsidiaire est en train de perdre de plus en plus de terrain sur le marché de l'Internet corporatif ainsi que sur le marché résidentiel face aux câblo-opérateurs qui sont déjà prêts à lancer des offres « *triple play* » beaucoup plus attrayantes que l'offre traditionnelle de la subsidiaire du Groupe ICE.

²³⁵ Contraloría General de la República. *Informe sobre el Estado de Radiografía Costarricense*. Octubre 2011. Sur: http://www.elfinancierocr.com/accesolibre/2011/noviembre/27/informe_contraloria_apertura_oct2011.pdf

²³⁶ CORDERO SANCHO, Mónica y RUIZ VEGA, Carolina. *RACSA con nortes y sin brújula*. El Financiero, número 845. 21-27 de noviembre de 2011. P. 26 y 27. Sur : http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2011/noviembre/27/tecnologia2977876.html

D'autre part, il faudrait ajouter qu'en août 2009, la SUTEL a publié la première Résolution concernant les marchés pertinents et les opérateurs « importants » selon le terme de la Loi 8642. Ces réglementations semblent excessives à plusieurs égards, ce qui va logiquement réduire les capacités de manœuvre de l'ICE en tant que seule entreprise « importante » sur le marché. On va commenter ce sujet en détail dans la deuxième partie de cette étude.

De ce qui précède, il faudrait conclure qu'aujourd'hui l'ICE jouit de plus d'autonomie et d'indépendance, de plus d'efficacité administrative, d'une capacité majeure d'investissement, davantage de capacité d'opérer sur les marchés internationaux et de souscrire des alliances stratégiques. L'entreprise a récupéré une série d'exemptions tributaires, mais surtout, compte désormais sur une importante capacité économique et financière. Par contre, le futur de sa subsidiaire –RACSA-, reste incertain ; il faut une stratégie dotée d'un objectif clair sous peine de continuer à perdre des portions du marché, et donc, de devoir être absorbé par l'ICE même. Enfin, il reste à savoir si l'ICE aura la capacité d'innover et de concurrencer des offres d'autres entreprises, en fonction des limitations qui lui sont imposées, tout en gardant la fidélité des clients qui ont défendu le rôle de l'institution dans la formation du modèle solidaire historique.

Section 2.- Le nouveau modèle de régulation résultant de la Loi Générale des Télécommunications

Complémentaire à la Loi 8660, la Loi Générale de Télécommunications (LGT), numéro 8642 du 30 juin 2008, établit le cadre normatif de régulation applicable aux opérateurs du secteur. Cette loi est d'ordre public et considère les sujets liés à l'exploitation du spectre radioélectrique et la régulation relative à l'accès aux réseaux des télécommunications sur la base de la convergence technologique. Toutes les personnes physiques et juridiques, publiques ou privées, nationales ou étrangères, qui opèrent des réseaux ou offrent des services de télécommunications qui partent, terminent ou transitent par le territoire costaricien, sont concernées par cette Loi et ces règlements.

La nouvelle loi vise les mêmes objectifs que la Loi 8660 de modernisation du secteur public des télécommunications. Parmi ces objectifs, il faut souligner :

- Garantir le droit des habitants à obtenir des services de télécommunications suivant les conditions prévues par la Loi,
- Assurer l'application des principes d'universalité et de solidarité du service,
- Protéger les droits des usagers des services,
- Promouvoir le développement de la société de l'information,
- Assurer l'efficacité dans l'assignation, l'administration et l'exploitation du spectre radioélectrique,
- Attirer des investissements dans le secteur et les industries liés aux télécommunications en permettant au pays d'obtenir les maximums de bénéfices du progrès technologique et de la convergence,
- Atteindre des indices de développement des télécommunications similaires aux pays développés.

Pourtant, l'objectif le plus important à propos de notre étude est celui de promouvoir la concurrence effective sur le marché des télécommunications, en tant que mécanisme pour augmenter la disponibilité des services, améliorer sa qualité et assurer des prix accessibles, selon les termes de la Loi. Le législateur a opté pour une norme moderne dont l'objet de la régulation ne concerne pas les services spécifiques, mais plutôt l'offre multiple des réseaux et services, tout en faisant le point sur l'interopérabilité des réseaux comme élément de base de la régulation de convergence. C'est ainsi que le Costa Rica parvient en général à rattraper le retard normatif dans le domaine des télécommunications en adoptant une norme sur la base de réformes plus récentes comme en Espagne.

Parmi d'autres sujets d'intérêt, la nouvelle norme crée le Fonds National des Télécommunications orienté sur les principes d'universalité et de solidarité, en cherchant à faciliter l'accès aux services des secteurs plus vulnérables de la société. Elle pose aussi les mécanismes de régulation de l'exploitation du spectre radioélectrique visant à l'optimisation, la transparence et la non-discrimination de son assignation. En matière de protection de l'utilisateur, la LGT exige des opérateurs le respect de dispositions rigoureuses en matière d'information, de

suivi des réclamations, de la protection de l'intimité²³⁷ et de la qualité des services. Cette norme définit les obligations et mécanismes d'assignation des impôts et contributions liées à l'administration des télécommunications. Finalement, elle présente un régime d'infractions et de sanctions dont on examinera le caractère dissuasif.

La concurrence est partout présente dans la nouvelle norme. Cette notion est peut être l'un des éléments de base pour atteindre les objectifs mentionnés. La création du régime sectoriel de concurrence est l'exemple notoire de l'importance du sujet pour les législateurs. À cet égard, on va faire le point d'abord sur les principes et objectifs légaux de la promotion de la concurrence dans le secteur des télécommunications (§1) ; ensuite, on se penchera sur les conditions de concurrence lors de l'assignation des projets de solidarité, d'accès et de service universel (§2) ; et, finalement, on analysera les efforts à fournir en ce qui concerne le spectre radioélectrique pour parvenir à la concurrence sur le marché sectoriel (§3).

§1. La promotion de la concurrence : le principe et l'objectif normatifs à la base du régime sectoriel de la concurrence

On a déjà signalé que la nouvelle norme costaricienne pour l'ouverture du secteur des télécommunications établit un régime sectoriel de concurrence parallèle au régime du droit général contenu dans la Loi de la Promotion de la concurrence, numéro 7472. C'est précisément la recherche d'un environnement concurrentiel qui a motivé les législateurs à définir dans le contenu de la loi, la concurrence en tant que principe et objectif de la norme.

La loi générale des télécommunications établit comme objectif de la norme, la promotion de la concurrence sur le marché des télécommunications, en tant que mécanisme pour augmenter la disponibilité des services, améliorer sa qualité et assurer des prix accessibles. Dans le même sens, elle englobe le principe de la concurrence effective définie comme la mise en place des mécanismes adéquats afin que tous les opérateurs et prestataires du marché puissent se concurrencer dans des conditions d'égalité, dans le but de procurer le bien-être des citoyens et

²³⁷ La Chambre Constitutionnelle ("*Sala Constitucional*") s'est prononcée favorablement pour la reconnaissance des avancées technologiques en qualifiant l'autodétermination informative comme une manifestation du droit à l'intimité. Voir à ce sujet : «*Sala Constitucional*». *Resolución No. 5802-99 de las 15:36 hrs. del 27 de julio de 1999.*

l'exercice efficace du droit constitutionnel à la protection des intérêts économiques des usagers et leur libre choix. Le principe de la concurrence est lié aux principes de la non-discrimination et de la neutralité technologique, qui servent de sauvegardes pour la promotion de la concurrence. La non-discrimination fait partie de la régulation asymétrique dans le but d'éviter à priori que des opérateurs dominants, intégrés généralement de façon verticale –en tant qu'opérateurs du réseau et prestataires du service-, instaurent des pratiques discriminatoires entre les opérateurs ou bien entre ses filiales et d'autres opérateurs.

Pour sa part, la neutralité technologique fait référence à la possibilité des opérateurs de choisir les technologies qu'ils vont introduire sur le marché, tout en respectant des standards communs et en garantissant l'accomplissement des politiques sectorielles. En Amérique latine, seul le Chili vient de passer une loi de neutralité technologique visant à définir les standards communs et les niveaux de qualité des services. Le Costa Rica a conféré à la neutralité technologique le rang de principe normatif, base sur laquelle les autorités peuvent se servir pour élaborer un règlement ou une directive d'après l'exemple chilien. Le but est en tout cas le même : assurer l'interopérabilité des réseaux, particulièrement en ce moment de l'ouverture, où il faudrait garantir aux nouveaux acteurs l'accès au marché. De plus, il devient important de limiter l'imposition de pratiques discriminatoires et l'abus de position dominante dont peut tirer profit l'opérateur historique.

La Loi Générale des Télécommunications contient une définition « tropicalisée » de la concurrence effective. Elle est définie comme la circonstance selon laquelle aucun opérateur des réseaux ou prestataire des services de télécommunications ou son groupe puisse fixer les prix et les conditions du marché unilatéralement, en limitant son fonctionnement efficace au détriment des usagers. Cette définition revêt une importance particulière lors de la définition des marchés pertinents (« *relevantes* » selon le terme de la norme costaricienne) et la déclaration des opérateurs et prestataires dits « importants » ressort de la responsabilité de la SUTEL, sujet qu'on abordera ultérieurement.

Le Costa Rica parie sur un modèle où les principales compétences sur le plan de la promotion et du contrôle de la concurrence sur le marché des télécommunications reposent sur l'autorité de régulation. L'organigramme plus fréquent au niveau international est celui qui rend des

compétences ex-ante au régulateur, et les facultés d'enquête et sanction (contrôle ex-post) à l'autorité de concurrence. Or, la loi costaricienne délègue à la SUTEL la promotion des principes de concurrence sur le marché des télécommunications, l'analyse des degrés de concurrence effective sur les différents marchés composant le secteur, la détermination des opérations internationales qui peuvent affecter la concurrence sur le marché local, ainsi que le contrôle de l'accès des opérateurs et prestataires au marché dans des conditions raisonnables et non discriminatoires.

Toutefois, la faculté qui a fait le plus de débats est celle d'appliquer, d'office ou par dénonciation, les procédures de sanction de pratiques monopolistiques (terme utilisé dans la loi costaricienne sur la base du modèle mexicain) mises en place par les opérateurs ou prestataires et qui ont pour objet ou effet de limiter, de diminuer ou d'éliminer la concurrence sur le marché des télécommunications. Ceci étant, il semble que le législateur s'est décidé pour un modèle différent de celui qui existe (régime de droit général de la Loi 7472) afin d'éviter que les affaires de concurrences, dans ce secteur stratégique et dans un contexte d'ouverture à la concurrence, soient confrontées journallement à des limitations sur lesquelles compte la COPROCOM et qui font que son bilan historique soit modéré. Or, il reste à savoir si d'autres risques du modèle ont été pris en considération par les législateurs ? Au deuxième chapitre, on abordera en détail les premières décisions de l'autorité de régulation et ses expériences, et on pourra émettre une conclusion préliminaire en réponse à cette question. La concurrence est ainsi un principe de base et désormais, un objectif des actions de la SUTEL et du Vice Ministère des Télécommunications. Est-ce que le Conseil de la SUTEL et les autorités gouvernementales sont conscients de ce principe et objectif général ? Au sujet du spectre et du régime d'universalité et de solidarité, qui fait partie de la loi générale des télécommunications, ce sont plusieurs questions qui restent encore en suspens.

§2. Le régime d'universalité et de solidarité : le défi des processus transparents et concurrentiels.

On a déjà remarqué l'importance de l'accès aux services des télécommunications et du service universel lors du processus d'ouverture du secteur. La LGT contemple le sujet de la solidarité au

niveau des objectifs et des principes. L'universalité est définie comme la prestation d'un minimum de services de télécommunications aux habitants de toutes les régions du pays, sans aucune discrimination et dans des conditions adéquates de qualité et de prix. De même, le principe de la solidarité est établi comme la mise à la disposition de mécanismes qui permettent l'accès réel aux services de télécommunications de la part des personnes plus vulnérables économiquement et des groupes en proie à des besoins sociaux spécifiques, selon des conditions adéquates de qualité et de prix, afin de contribuer au développement humain de ces populations vulnérables.

D'après la loi, ce régime d'accès et de service universel doit promouvoir l'accès à des services de qualité et à des prix accessibles des populations vulnérables et permettre la réduction de la brèche digitale, garantissant ainsi plus d'égalité d'opportunités d'accès aux besoins de la société de l'information et de la communication. Il faudrait réviser les conditions normatives prévues pour les concours publics d'adjudication de projets subventionnés, afin de savoir si ces processus pourront assurer la meilleure allocation des projets au moyen de procès transparents et concurrentiels.

Selon l'expérience internationale et ce qui a trait au droit de la concurrence, il faut particulièrement éviter que ces subventions constituent des discriminations arbitraires à la libre concurrence, du fait que l'État accorde des besoins directs à certains agents économiques, sans qu'il existe vraiment un fondement de rentabilité des projets et une justification financière pour la subvention. Il existe aussi a priori la possibilité que l'adjudicataire du projet puisse offrir des services additionnels à celui pour lequel il reçoit la subvention. L'opérateur peut facilement fausser le jeu de la concurrence sur ce marché spécifique, tout en utilisant l'infrastructure financée par la subvention de l'État pour imposer aux concurrents des barrières d'accès au marché. Ceci pose le risque de permettre le maintien d'entreprises inefficaces ou d'empêcher l'entrée d'autres entreprises plus efficaces sur le marché géographique concerné. À long et moyen terme, cela peut se traduire par une affectation des intérêts des usagers du service.

Ces risques peuvent bien évidemment être évités ou mitigés par le biais de quelques précautions normatives ou régulatrices. Par exemple, les normes de caractère légal et réglementaire des

licitations pour l'assignation des subventions par le Fonds de Télécommunications peuvent établir des conditions qui garantissent la possibilité de concurrencer dans des conditions d'égalité. De même, le système de subventions pour des services de télécommunications doit être orienté suivant la demande, quand ceci est possible et efficace, de manière à permettre aux opérateurs de concurrencer en fonction des prix établis pour les bénéficiaires des services subventionnés. Les concours doivent donc promouvoir l'efficacité de l'adjudicataire et permettre la participation de nouveaux acteurs au cours du temps.

L'expérience chilienne est très importante à ce sujet. L'autorité de concurrence chilienne a déterminé que le système de concours et d'assignations de subventions à partir de l'assignation d'un montant fixe à l'offrant altère la structure du marché en faussant les prix et en réduisant la concurrence, soit avant ou après l'adjudication de la subvention. En janvier 2011, le « *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* » (Tribunal de Défense de la Libre Concurrence) (TDLC) du Chili, a émis des recommandations au gouvernement dans le but de modifier les règles établies dans la Loi Générale des Télécommunications pour l'obtention des subventions lors des projets de service universel. Ceci dans le but d'éviter des distorsions dans la concurrence. La proposition de réforme du TDLC cherche, parmi d'autres objectifs, à garantir l'égalité des conditions lors de la participation des offrants tout en établissant la viabilité technique et le critère économique comme seuls éléments à distinguer parmi les offres des opérateurs intéressés dans le développement d'un projet de solidarité. Le TDLC propose aussi la mise à la disposition de subventions supplémentaires pour la construction d'infrastructures, en encourageant l'accès à des conditions transparentes et non-discriminatoires aux facilités essentielles²³⁸.

L'assignation des ressources et l'administration du FONATEL au Costa Rica sont orientées selon les principes de transparence (mécanismes de fiscalisation), l'égalité d'opportunités pour les opérateurs des réseaux et prestataires des services, l'objectivité des critères de sélection de l'adjudicataire et l'innovation technologique. Or, il semble que l'efficacité de l'assignation des ressources soit le principe de base pour l'assignation des subventions du FONATEL. La Loi donne priorité aux projets qui favorisent une collectivité plus importante à ceux qui présentent

²³⁸ *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. «*Proposición de Modificación Normativa N°13/2011*». Santiago, Chili. Janvier 2011. Recommandation au sujet de l'Affaire Netland Chile S.A. (Cause 179-08).

des solutions technologiques plus efficaces et à ceux qui ont besoin d'une subvention moins importante car les prix aux usagers des services deviennent ainsi plus accessibles.

On approche du quatrième anniversaire de la promulgation des lois de modernisation (numéro 8660) générale des télécommunications (numéro 8642). Cependant, l'autorité de régulation est toujours en train de définir les projets spécifiques qui vont être financés ou subventionnés par le FONATEL. Depuis juin 2011, plus de \$175 millions de dollars sont prêts à être destinés à des projets de solidarité, d'accès et de service universel. Ceci, malgré le fait que les projets sont déjà presque délimités par la Loi Générale de Télécommunications, où le législateur a entraîné un blindage politique des projets afin d'assurer entre autres, la création de centres d'accès à l'Internet à haut débit dans les communautés rurales, l'accès à l'Internet à haut débit dans toutes les écoles et lycées publics, les hôpitaux, cliniques et centres de santé communautaires, et le financement de projets de mise en application de procédures administratives digitales, qui font que les usagers puissent soumettre leurs requêtes aux différents bureaux publics via l'Internet²³⁹.

D'autre part, il est inquiétant que la SUTEL n'ait pas encore de politique claire au sujet des sauvegardes concurrentielles lors des concours prévus pour le deuxième semestre de 2013. Les pronostics restent réservés. Le pays et le secteur des télécommunications devront effectuer les démarches des premiers processus de licitations afin de savoir si la SUTEL parviendra à promouvoir la concurrence lors des processus d'assignations des subventions pour les projets de solidarité, et si ces projets parviendront à permettre l'accès aux services des télécommunications des populations économiquement ou géographiquement sensibles, et réduire ainsi la brèche digitale.

§3. Les questions relatives au spectre radioélectrique

Lors de la négociation du CAFTA, le Costa Rica s'est engagé à libérer des segments du spectre « commercialement pertinent » afin de permettre l'accès des nouveaux concurrents sur le marché des télécommunications, particulièrement sur les bandes technologiquement attrayantes pour le développement des réseaux mobiles.

²³⁹ *Ley General de Telecomunicaciones. N° 8642. Artículo Transitorio VI.*

C'est au niveau des lettres jointes au Traité²⁴⁰ que sont définies les bandes de fréquence pertinentes pour la prestation des services mobiles sans fils. Selon ces lettres, le Costa Rica devrait mettre à la disposition des nouveaux concurrents des fréquences sur la bande des 800 et 900 MHz et sur la bande des 1700 et 1999 MHz, sur la base des recommandations de la Commission Interaméricaine des Télécommunications (CITEL) et de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT).

Des rapports avaient déjà mis en garde sur la concentration des fréquences détenues par l'opérateur historique ICE. En janvier 2006, l'ICE comptait sur deux réseaux de technologie TDMA, sur la bande des 800-900 MHz, et sous-bandes A et B. De même, l'entreprise avait un autre réseau, technologie GSM, sur la bande 1700-1900 MHz (sous-bandes A, B et C). En plus, l'ICE alléguait que les sous-bandes D et E sur la bande 1700-1900 Mhz étaient réservées pour des projets futurs. Selon le rapport de la Banque Mondiale, l'utilisation du spectre (dont se servait l'ICE) montrait un usage très déficient du spectre, car chaque sous-bande était exploitée uniquement à 25% de sa capacité sur la base des meilleures pratiques internationales. Dans ce sens, d'après ce rapport de la Banque Mondiale, tous les clients de l'ICE pouvaient être servis par une seule sous-bande, au lieu de quatre²⁴¹.

En plus, sur la bande des 1710-1990 MHz occupée par le réseau GSM, l'ICE n'utilisait que deux sous-bandes et demie des cinq disponibles. L'inefficacité, selon le rapport, était encore plus évidente du fait que l'ICE utilisait une sous-bande et demie pour 400 mil clients, sur son réseau *Alcatel*, et une sous-bande pour répondre aux 600 mil clients sur le réseau *Ericksson*, alors qu'il est possible en théorie de desservir plusieurs millions de clients au moyen d'une seule sous-bande²⁴².

²⁴⁰ *Central America Free Trade Agreement (CAFTA). Carta Adjunta del 2 de mayo de 2004.* En ce qui intéresse: "(...) La République du Costa Rica devrait au minimum, en conformité avec sa politique de redistribution du spectre pour promouvoir une utilisation plus efficace et en conformité avec les normes internationales et régionales, assurer qu'il y aura suffisamment de fréquences pertinentes disponibles sur le spectre pour satisfaire les engagements d'accès au marché inclus dans la section III.2 de l'annexe 13.

²⁴¹ ECHEVERRIA, Roger. *Las frecuencias utilizadas para celulares. Respuesta al Ingeniero Fumero. Enero 2006.*

²⁴² ECHEVERRIA, Roger. *Las frecuencias utilizadas para celulares. Respuesta al Ingeniero Fumero. Enero 2006.*

C'est dans ce contexte que les autorités surtout politiques, ont dû faire un énorme effort pour obtenir la libéralisation de plusieurs bandes de fréquences. Le contrôle sur le spectre avant 2008 était précaire, selon un bureau de contrôle de Radio, et avait la particularité que l'ICE – en tant qu'entreprise publique – n'avait qu'à faire part de son besoin d'une sous-bande de fréquences pour les faire réserver et les exploiter postérieurement. C'est ainsi que le sujet du spectre et de sa planification est devenue une priorité pour les législateurs et pour les autorités impliquées dans le processus d'ouverture du secteur.

Par disposition constitutionnelle, le spectre radioélectrique relève du domaine public. La Loi Générale des Télécommunications a établi les dispositions pour la réorganisation du contrôle du spectre. Désormais, la planification, l'administration et le contrôle du spectre doivent se faire sur la base de la Loi et du Plan National de Développement des Télécommunications, ce dernier devant définir les buts et actions annuels du secteur²⁴³. L'article 8 de la Loi générale définit les objectifs de planification et de contrôle, parmi lesquels il faudrait inclure l'optimisation de l'exploitation du spectre selon les technologies disponibles, et la garantie d'une assignation juste, égalitaire, indépendante, transparente et non discriminatoire. Il y avait donc une forte base constitutionnelle et légale pour que les autorités se chargent de l'assignation efficace du spectre.²⁴⁴

Or, la loi générale date de juin 2008. En août 2011, plusieurs fréquences²⁴⁵ ont été assignés aux entreprises Telefónica (Entreprise espagnole) et Claro Costa Rica (subsidaire de la géante mexicaine América Movil). Il est donc valable de se demander pourquoi les processus d'adjudication des nouvelles concessions pour des entreprises de téléphonie mobile ont pris plus de trois ans. Il est vrai qu'il revient à l'Exécutif de justement définir des politiques sectorielles au sujet du spectre. Pourtant, la SUTEL est responsable des études techniques qui doivent servir de support aux décisions de l'organe politique au sujet de la distribution du spectre

²⁴³ *Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones. Número 16.398. Artículo 7°.*

²⁴⁴ La SUTEL a présenté en 2009 son rapport CR-005-2009 concernant l'utilisation du spectre radioélectrique. Le rapport confirme les niveaux de concentration des fréquences exploités par l'opérateur historique – l'ICE, particulièrement en 800MHz, 1800MHz (bandes pertinentes pour la téléphonie mobile) et sur les bandes de 2.5GHz et 3.5GHz (bandes définies par l'UIT en tant qu'essentielles pour le développement des services mobiles à haut débit (*LTE – 4G*)).

²⁴⁵ MOVISTAR (*Telefónica*) : 2x5.3MHz sur la bande de 850 MHz; 2x15MHz sur la bande 1800MHz et 2x10 MHz sur la bande de 2100MHz. / CLARO : 2x20MHz sur 1800MHz ; 2x15MHz sur 2100.

radioélectrique²⁴⁶. Dans le cas spécifique de l'ouverture du marché de la téléphonie mobile, l'ICE a pris une position ferme sur la possibilité de restituer volontairement à l'Etat certaines bandes de fréquences pour l'exploitation et la commercialisation des services de téléphonie mobile. Le gouvernement n'a pas pris une position forte et bien au contraire, a prolongé une négociation pendant plus de deux ans. Ceci, malgré le fait que le Costa Rica comptait sur une date limite pour lancer les concours « mobiles » selon les lettres jointes au Traité International (CAFTA-RD). La SUTEL pour sa part a pris plusieurs mois pour présenter son étude technique. La responsabilité du retard est définitivement partagée entre les autorités politiques, l'autorité de régulation et l'opérateur public.

Au cours de cette période, plusieurs entreprises multinationales sont restées en attente pendant deux ans et demi : *Telefónica, AméricaMovil, Millicom, Clabe and Wireless, Digicel* et d'autres. Lors de l'appel aux offres, seulement les deux premières ont participé, malgré le fait que l'Etat avait mis en concours trois segments de fréquences pour trois entreprises différentes. Est-ce que le retard aurait provoqué le désintérêt des entreprises pour le marché costaricien ? La question demeure ouverte pour l'instant et n'aura certainement jamais de réponse. Les autorités se réjouissent de l'intérêt des entreprises *Telefónica* et *América Movil*. Pourtant, plusieurs erreurs semblent avoir été commises. Le pays a perdu éventuellement une bonne occasion de promouvoir un environnement concurrentiel et d'aboutir à des résultats beaucoup plus avantageux des concours. On se penchera sur ce sujet en détail plus loin.

Malgré le retard, dont le seul gagnant était l'opérateur historique, il est pour l'instant important de souligner le fait que le pays est finalement parvenu à l'ouverture « formelle » du marché de la téléphonie mobile. Il reste encore beaucoup à faire pour rattraper le retard particulièrement par rapport aux pays développés dans le domaine de la promotion des nouvelles technologies sans fils, tels que les services mobiles 4G. Il reste à ajouter que le Vice-Ministère des Télécommunications a annoncé depuis un an, qu'il travaille sur la libéralisation des bandes de

²⁴⁶ La Loi Générale des Télécommunications dans son article transitoire IV, obligeait les opérateurs à remettre un rapport sur les bandes de fréquences assignées et en cours d'exploitation. L'Exécutif devrait postérieurement résoudre la restitution des fréquences non utilisées par les opérateurs afin de les soumettre à son administration et planification. En plus, le Transitoire V établissait que dans un délai de trois mois à partir de la formation du Conseil de la SUTEL, l'Exécutif devrait lancer la procédure pour l'adjudication des concessions des bandes de fréquences pour des services de téléphonie mobile.

700MHz et de 2.4GHz, qui ont été définies par l'UIT, comme des bandes attrayantes et très efficaces pour l'exploitation des services mobiles 4G (Internet, téléphonie et services en convergence). L'Exécutif, sur la base des rapports techniques de la SUTEL, devra amener à une réassignation du spectre pour assurer l'optimisation du recours et permettre finalement l'accès à plusieurs agents économiques afin qu'ils puissent participer au marché des télécommunications. On espère cette fois-ci, que le pays ne devra pas attendre trois ans pour aboutir aux concours en vue de l'exploitation de ces fréquences et la mise à la disposition des nouvelles technologies.

Malgré le long et difficile processus de concertation nationale, l'ouverture des télécommunications au Costa Rica est finalement mise en place. Deux priorités ont été bien définies par le législateur : la modernisation de l'opérateur historique et l'organisation institutionnelle des entités publiques en charge de la planification et de la régulation du secteur.

Quant à la modernisation de l'ICE, il semble que l'entreprise et les autorités politiques aient abouti à un accord. L'entreprise s'est libérée des limitations administratives et budgétaires et semble finalement être dotée d'un solide potentiel concurrentiel face à l'accès au marché des deux géants régionaux. L'ICE doit pourtant corriger le destin de sa filiale RACSA. Il y a sans doute encore une énorme opportunité sur le marché des services aux foyers, voire des offres « *Triple Play* », pour lesquelles RACSA devrait rapidement accorder des alliances stratégiques avec des entreprises de l'audiovisuel.

En ce qui concerne l'organisation du secteur, la norme pose correctement les bases des structures institutionnelles. Il reste à rectifier des sujets concernant les relations interinstitutionnelles, particulièrement entre le Vice-Ministère des Télécommunications et la SUTEL. Des jalousies institutionnelles sont à l'origine de mauvaises décisions et de conflits absolument superflus dans un processus qui met en jeu l'intérêt national.

D'autre part, concernant notre sujet d'étude, la Loi Générale des Télécommunications établit une norme moderne sur la base de la convergence technologique, suivant l'exemple des pays pionniers dans le domaine. Or, sur le plan du droit à la concurrence, les législateurs se sont éloignés des modèles plus récurrents dans l'organigramme institutionnel international. Le Costa

Rica parie donc sur une autorité de régulation pour le secteur des télécommunications –certes pourvue de multiples attributions- compétente aussi sur le plan ex post. La SUTEL est la seule autorité de régulation sectorielle au Costa Rica à subir des procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles, malgré le fait que le pays compte depuis plus de dix ans sur une autorité de la concurrence. D’autres secteurs comme le financier, les retraites et encore les assurances (récemment ouverts à la concurrence) délèguent les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles à la COPROCOM. L’autorité de concurrence –la COPROCOM-, semble avoir gagné de plus en plus de maturité et d’expérience, malgré ses limitations d’ordre légal et budgétaire. Or, l’autorité de la concurrence n’aura désormais qu’à émettre des critères techniques sur la pertinence d’une dénonciation et une fois que l’affaire est connue de l’autorité de régulation des télécommunications, la SUTEL.

Reste alors à voir le résultat du pari mis en marche par le Costa Rica. Le risque encouru est l’inefficacité du droit sectoriel de la concurrence. Ceci est dû au fait que la SUTEL n’est pas habituée et spécialisée dans l’analyse des pratiques anticoncurrentielles et dans la direction des procédures de sanction. Par conséquent, le marché va perdre le parcours et l’expérience acquise par la COPROCOM et risque de se trouver avec une autorité de régulation en prise à sa propre inexpérience, juste dans la période la plus importante : la transition du modèle monopolistique vers un marché libéralisé. La chute du modèle peut dès lors facilement provoquer un retour en arrière et agir contre l’efficacité d’intervention et de contrôle sur un marché où le contrôle de la concurrence devient essentiel en ce qui concerne l’imposition de barrières d’entrée, l’accès aux installations essentielles et les pratiques restrictives.

La concurrence est à la fois un principe et un objectif de la nouvelle norme. Les bienfaits et avantages d’un environnement concurrentiel sur le marché sont les arguments de ceux qui ont défendu la rupture du monopole, dont l’opérateur historique –ICE-, profitait depuis plus d’un demi-siècle. Le régime sectoriel de la concurrence présente des nouveautés très importantes pour le droit de la concurrence interne. Cependant, de nombreux efforts sont encore nécessaires pour aboutir à une législation qui aujourd’hui est encore loin d’être en pleine maturité.

Cette période de transition est sans doute essentielle pour la définition des lignes régulatrices et pour la promotion d'un environnement concurrentiel sur le marché des télécommunications. L'expérience internationale semble fournir une grande quantité de réponses et de lignes directrices afin de faciliter la réalisation de l'objectif de promotion d'un environnement concurrentiel sur les différents marchés pertinents du secteur des télécommunications. Ce sont plusieurs sujets qui doivent être constamment révisés afin que les nouveaux concurrents puissent accéder au marché dans des conditions de transparence et d'égalité. Les autorités politiques et de régulation doivent prendre certaines précautions afin d'atteindre leur objectif. Or, on verra que malgré l'avantage apparent d'être le dernier à se lancer dans la course, il semble que les autorités ne soient pas nécessairement sûres du chemin à suivre, surtout l'autorité de régulation. On va analyser les détails du modèle sectoriel de concurrence dans le secteur des télécommunications et réviser les premières décisions sur la base de l'expérience internationale, afin de déterminer les risques du nouveau modèle sectoriel et d'émettre certaines réponses en vue d'améliorer le cadre juridique de la concurrence dans le secteur des télécommunications.

DEUXIÈME PARTIE : LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA CRÉATION D'UN RÉGIME SECTORIEL DE CONCURRENCE : LES RISQUES DU MODÈLE COSTARICIEN

Lors d'un processus d'ouverture du marché, la norme en matière de contrôle et promotion de la concurrence devient essentielle pour promouvoir la transparence et l'efficacité du marché, permettant ainsi l'accès aux besoins d'une concurrence vive et effective. Les usagers des services devront compter sur des services de haute qualité, l'accès aux nouvelles technologies et des prix accessibles. Le processus d'ouverture doit alors être nécessairement associé à la concurrence effective.

Il faut remarquer que la Loi Générale des Télécommunications costaricienne établit la concurrence effective au niveau des principes de base. Littéralement, la Loi cherche à « *promouvoir et maintenir le principe de la libre concurrence à travers l'établissement de mécanismes adéquats afin que tous les opérateurs du marché puissent se concurrencer dans des conditions d'égalité, dans le but d'obtenir le plus grand bénéfice pour les habitants et le libre exercice du droit constitutionnel à la liberté de choix* »²⁴⁷.

Du point de vue juridique, la régulation sectorielle et les normes de concurrence doivent coexister et s'harmoniser afin de garantir des conditions favorables pour l'établissement d'un environnement concurrentiel sur le marché. En tant que *lex specialis*, la régulation sectorielle garde le rôle principal de l'introduction et du maintien de la concurrence, tandis que le droit de la concurrence complète les règles spécifiques et agit comme « filet de sécurité » contre les agissements concurrentiels. En conséquence, il semble, de prime abord, qu'il n'y a aucun choix à effectuer, car les deux catégories de règles se complètent plus ou moins harmonieusement et peuvent donc coexister. Nul doute que le droit commun de la concurrence et les règles sectorielles puissent cohabiter pour une période initiale, grâce à leur caractère complémentaire. L'affirmation de la complémentarité des règles ne doit pourtant pas masquer une autre réalité : celle de leur substituabilité partielle. Tous les deux disposent d'un arsenal riche pour contenir le

²⁴⁷ *Ley General de Telecomunicaciones*. N° 8642 du 30 Juin 2008. Article 3 –f).

pouvoir de marché : c'est surtout le niveau de l'intervention qui diffère, en amont pour la régulation sectorielle, en aval pour le droit de la concurrence²⁴⁸. Ce sont des buts ultimes identiques, mais avec des stratégies distinctes et des résultats souvent différents.

Il faut remarquer que les rapports entre la régulation sectorielle et les règles du droit de la concurrence se caractérisent par leur complémentarité. Les deux ensemble sont souvent qualifiés d'instruments complémentaires, mis en œuvre pour promouvoir le développement des marchés effectivement concurrentiels au bénéfice des utilisateurs²⁴⁹.

La parenté entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle est communément admise. En Europe, l'ancien article 86 § 3 CE (devenu 106 §3 du TFUE), a constitué la base juridique des directives de libéralisation. Les fondements et les finalités sont communs. Il ne pourrait pas en être autrement, puisque la deuxième s'inspire des concepts du premier. En France, le cadre réglementaire sur les communications électroniques essaie d'aligner la régulation sectorielle sur les principes du droit de la concurrence, en s'appropriant plusieurs de ses notions-clés. Les deux groupes de règles servent l'objectif d'une concurrence pérenne sur les marchés et s'inscrivent alors dans une continuité. C'est le cas de la régulation asymétrique facilement reconnaissable au volet économique de la régulation sectorielle. La régulation s'efforce de contenir le pouvoir des opérateurs historiques dominants (« *important* » selon la norme costaricienne) en imposant entre autres des règles détaillées sur les prix et les modalités d'accès à ses infrastructures. Au Costa Rica, l'article 75 de la Loi de l'Autorité de Régulation des Services Publics (Loi 7593) impose aux opérateurs désignés « importants » par la SUTEL, certaines obligations afin d'équilibrer leur poids sur le marché et faciliter l'accès des concurrents.

Cependant, il faut remarquer que cohésion et complémentarité ne signifient pas qu'il y ait identité entre les approches régulatrices et le droit de la concurrence. « L'éventail de ses missions, allant de l'encadrement technique d'un secteur, le service public et l'organisation de l'entrée des

²⁴⁸ Théodoros. GALANIS, Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 33.

²⁴⁹ Voir dans ce sens, la communication de la Commission du 6 février 2006 sur les analyses de marché en application du cadre réglementaire communautaire/Consolidation du marché intérieur sur les communications électroniques COM (2006) 28, p.4. *Adde* l'étude thématique du Conseil de la concurrence sur les monopoles publics, *Rapport* pour 2003, p.79.

opérateurs sur les marchés, jusqu’à l’imposition des standards de qualité, le contrôle de l’accès au marché et la promotion des investissements, dépasse largement celui du droit de la concurrence, cantonné à lutter contre les comportements anticoncurrentiels »²⁵⁰. Les règles de régulation sectorielle et celles du droit de la concurrence ne sont donc pas identiques. « Il est souvent affirmé que la régulation sectorielle a pour objet principal d’instaurer, de faire surgir la concurrence sur des marchés fortement réglementés ou longtemps monopolisés, tout en conciliant le principe de la concurrence avec des missions d’intérêt général. En revanche, le droit de la concurrence veille à la préservation de la concurrence et ne vise pas à la création *ex nihilo* des conditions concurrentielles sur un marché donné »²⁵¹.

Il existe alors des conflits potentiels entre les finalités purement économiques du droit de la concurrence et l’accomplissement de missions extra-économiques d’intérêt général, assuré par la régulation sectorielle. Pourtant, mis à part ces conflits, la source des tensions entre les deux groupes de règles réside dans leur approche différente du traitement et contrôle du pouvoir du marché. La régulation sectorielle définit de manière préventive les conditions du jeu concurrentiel. De son côté, le droit de la concurrence sanctionne les comportements anticoncurrentiels et répare *ex post* les dommages causés par des pratiques illégales. Sur le plan régulateur, c’est une approche préventive vis-à-vis du pouvoir de marché qui est privilégiée, au détriment de l’approche essentiellement curative du droit de la concurrence. A titre d’exemple, la régulation directe des prix dans un contexte de monopole dispense en principe les autorités de la concurrence d’appliquer des règles sur l’abus de domination. C’est le cas spécifique des fixations tarifaires des services de l’ICE – en monopole-, faites auparavant par l’Autorité Régulatrice des Services Publics (ARESEP).

Certaines règles spécifiques s’appliquent alors *ex ante*, d’une façon préventive, parce qu’il y a une sorte de présomption d’abus de position dominante et de forclusion des marchés, qui pèse notamment sur les opérateurs historiques. Dans la pratique, grâce à leur caractère prophylactique, les règles sectorielles préviennent l’application du droit de la concurrence, une réalité qui met en

²⁵⁰ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 46.

²⁵¹ IDEM.

lumière le choix fait entre les deux formes d'intervention, qui constituent des voies alternatives d'intervention sur les marchés²⁵².

La justification de la régulation et le contrôle des opérateurs historiques dans un contexte d'ouverture des marchés invoquent l'intervention souvent tardive du droit des pratiques anticoncurrentielles et soulignent l'importance du facteur temps pour ces marchés hautement concurrentiels. On avait déjà indiqué la préoccupation commune des législateurs costariciens de la nécessité de garantir un contrôle efficace de la concurrence sur le marché des télécommunications, particulièrement lors de la transition du monopole vers un marché concurrentiel. Ils craignaient l'allongement de la durée des procédures d'après l'expérience vécue par l'autorité de concurrence (COPROCOM), et que cette durée se répéterait pendant la première phase de l'ouverture du marché. Or, il faut remarquer davantage que ce sont plutôt les règles issues de la régulation sectorielle qui vont protéger, *à priori* et temporairement, certains agents économiques, notamment les nouveaux entrants, afin qu'ils puissent participer ultérieurement d'une manière plus active au jeu concurrentiel.

Il est donc clair qu'il existe un choix à faire au sujet de la substituabilité – au moins partielle-, entre le droit de la concurrence et la régulation économique sectorielle. Celui-ci va dépendre largement du progrès de l'ouverture des marchés à la concurrence et bien évidemment de la volonté politique des décideurs. Il peut aller d'une cohabitation assurant un équilibre parfait entre les deux modes de contrôle, ou d'une approche qui privilégie l'un ou l'autre d'entre eux, jusqu'à la disparition complète de la régulation économique sectorielle. Il existe pourtant des enjeux par rapport à ce choix : « La qualité, l'intensité de la concurrence, les investissements dans de nouvelles infrastructures, l'innovation technologique sont directement affectés par les options réglementaires et les décisions des autorités chargées d'établir et de maintenir l'ordre concurrentiel sur les marchés en cause. L'encadrement du marché diffère selon le modèle de

²⁵² Le professeur IDOT (L.), *Convergence des approches nationales ? Règles de concurrence et régulations sectorielles, op. cit.*, p.393, met en avant cette réalité et le fait que les textes sectoriels limitent le recours à la théorie des « facilités essentielles » (p.396). Les professeurs LAFFONT (J.-J.) et TIROLE (J.), *Competition in telecommunications, The Munich lectures*, 2000, p.277, plaident pour le caractère alternatif de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence. Sur GALANIS, Theodoros. *Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 46.*

régulation choisi, à la fois au niveau des règles matérielles et des institutions, et est à la source de nombreux effets de retombées (*spill over effects*) sur les opérateurs et leur propension à innover²⁵³.

Les implications sur le processus d'innovation prennent une autre espèce d'allure, car les secteurs des communications sont par excellence prometteurs et évolutifs du point de vue technologique, ce qui fait qu'une réglementation impertinente est susceptible d'envoyer de mauvais signes aux acteurs économiques et d'avoir un impact négatif sur leurs efforts concernant la recherche et le développement. A titre d'exemple, les règles qui régissent les conditions d'accès au réseau de l'opérateur historique ou la tarification de l'interconnexion entre les divers réseaux ont un effet notable sur les investissements dans les infrastructures et peuvent produire des effets irrémédiables sur la future structure des marchés.

Dans le cas du Costa Rica, il semble que le législateur se soit focalisé plutôt sur l'autorité qui devait mener les enquêtes et la procédure relative aux pratiques anticoncurrentielles, et non pas nécessairement sur les alternatives d'intervention proprement dites (que ce soit *ex ante* ou *ex post*). Dans ce sens, le législateur a assumé la thèse qu'il fallait tout simplement créer une autorité de régulation munie de fortes facultés d'intervention et de répression rapide et chargée non seulement de la régulation, mais aussi du contrôle *ex post*. C'est ainsi que la Loi Générale de Télécommunications concentre toutes les facultés « *ex ante* » et « *ex post* » sur l'autorité de régulation sans que cette décision repose sur une analyse profonde de la convenance de l'un ou l'autre modèle institutionnel.

Il est vrai qu'on ne pourrait pas faire de l'intervention *ex post* / *ex ante* un critère absolu de la différence d'approche entre la régulation économique sectorielle et le droit de la concurrence. Dans ce sens, il faut remarquer que c'est surtout la préemption du droit de la concurrence qui doit

²⁵³QUELIN (B.), Politique publique, innovation, réglementation : le cas des télécommunications, in BENZONI (L.), HAUSMAN (J.), *Innovation, déréglementation et concurrence dans les télécommunications*, CNET Paris, Eyrolles, 1993, p.183s, sp. pp.191, 193. Sur GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 44.

être mise en avant et qui n'a parfois aucun rapport avec le moment de l'intervention²⁵⁴ : L'exemple classique est le règlement des différends sur l'interconnexion, prévu dans la Loi Générale des Télécommunications à l'article 60, dans le cadre duquel les comportements des opérateurs sont contrôlés *ex post* par les régulateurs sectoriels.

Le législateur a cherché à fortifier les moyens d'intervention, de contrôle et de promotion de la concurrence dans le secteur des télécommunications. D'après ce que nous avons présenté dans notre première partie, la loi a finalement créé un régime sectoriel de la concurrence applicable ainsi à l'opération des réseaux et la provision des services des télécommunications. La Loi 7472 de Promotion de la Concurrence et de Défense Effective du Consommateur, qui comprend les règles du droit général de la concurrence, va désormais n'être applicable que de manière supplétoire sur ce marché particulier.

Cette loi 7472 a signifié une énorme avance pour le droit de la concurrence au Costa Rica et marque le point de départ au niveau régional. Pourtant, la loi de la concurrence –comme déjà mentionné –est née avec plusieurs défauts qui sont encore présents et qui limitent la capacité d'agir et l'efficacité de l'autorité nationale de concurrence. Ceci est le résultat, entre autres, d'une mauvaise technique législative et d'erreurs des législateurs. La sanction des comportements anticoncurrentiels a été déléguée à l'Autorité de régulation au détriment de l'autorité de concurrence, malgré l'expertise de cette dernière. La question est maintenant de savoir si le choix du législateur par rapport au modèle de contrôle de la concurrence sectorielle risque de provoquer l'inefficacité du droit sur le marché des télécommunications. Malgré les nouveautés et les atouts du régime sectoriel de concurrence prévus par la Loi Générale des Télécommunications (**Titre 1**), le modèle costaricien risque de devenir inefficace. L'expérience internationale suggère une réforme intégrale et urgente du droit national de la concurrence (**Titre 2**).

²⁵⁴ Selon M. GALANIS Theodoros, loin de représenter seulement une différence temporelle de l'intervention sur les marchés, la régulation économique sectorielle se caractérise par la force et l'ampleur de son action. Le droit de la concurrence reste plus distancé par rapport aux décisions et aux stratégies commerciales des entreprises, contre une interférence plus directe des règles sectorielles, en matière de prix et d'autres paramètres du processus concurrentiel.

TITRE 1. / LE RÉGIME SECTORIEL – UNE RÉPONSE EFFICACE À LA CONCURRENCE DANS LE MARCHÉ DES TÉLÉCOMMUNICATIONS ?

Il est naturel que lors du processus de sélection du modèle de contrôle de la concurrence sectorielle, chaque pays compare les études et les expériences internationales pour aboutir au meilleur choix. Habituellement, les traditions juridiques de chaque pays, son histoire, ses structures, sa culture institutionnelle et normative, sont des facteurs qui vont déterminer ce choix.

Un modèle de référence est choisi, transposé par un autre pays où il a été suffisamment longtemps appliqué et est par la suite adapté aux circonstances et aux spécificités nationales. C'est en principe le cas de la transposition de la loi mexicaine de concurrence reprise au Costa Rica en 1994, sans que pour autant on puisse affirmer que cette loi ait été le meilleur choix pour le droit interne de la concurrence.

Il arrive parfois que les expériences étrangères servent plutôt de « repoussoirs » en signalant aux autorités responsables de l'élaboration d'un système, ce qu'il faut précisément éviter²⁵⁵. « Dans ce sens, le législateur français a fait sa propre lecture de la législation communautaire. A l'aune de l'expérience britannique, un régulateur sectoriel, qui a pris la forme d'une autorité administrative indépendante, a été mis en place dans le secteur des télécommunications (ART), à côté de l'autorité responsable pour l'audiovisuel (CSA), qui existait déjà. A la lumière du bilan de l'exemple anglais, le législateur français a pris soin de préciser les rapports de la nouvelle autorité avec (l'ancien) Conseil de la concurrence, seul organe chargé de l'application du droit de la concurrence, afin de préserver l'unité et la cohérence de ce dernier. Le modèle britannique, qui s'appuie sur la compétence concurrente de l'autorité générale et l'instance spécialisée pour l'application du droit de la concurrence, a servi comme contre-exemple à l'administration

²⁵⁵ DUMEZ (H.), JEUNEMAITRE (A.). Une mission britannique a été envoyée aux Etats-Unis pour étudier le modèle américain des agences, qui a finalement servi comme contre-exemple, si on analyse la solution retenue par le gouvernement pour les agences britanniques : nomination d'un régulateur personnel au lieu d'une commission de plusieurs membres, rôle limité des juristes et des juridictions et méthodes de régulation des prix différentes, par rapport au modèle américain. A son tour, le modèle britannique a été plutôt considéré comme « repoussoir » par les autorités françaises. V. aussi COHEN (E.), HENRY (C.), *Service public, secteur public*, Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 1997, pp.37, 38. Sur THEODOROS GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 59.

française, compte tenu de l'ancrage solide de (l'ancien) Conseil de la concurrence dans la vie économique du pays et son apport au maintien de l'ordre concurrentiel »²⁵⁶.

Il faut surtout remarquer que l'existence des institutions régulatrices (Sutel) et générales (Coprocom) de concurrence est souvent justifiée. « Les caractéristiques inhérentes des marchés des communications²⁵⁷ confèrent un caractère récurrent à certaines défaillances du marché, qui ne peuvent pas être redressées par l'application exclusive du droit de la concurrence. A côté de ces facteurs structurels, liés à l'économie des réseaux, la puissante présence des opérateurs historiques sur ces marchés, qui étaient autrefois en situation de monopole, compromet d'une façon durable la possibilité d'instaurer une concurrence effective et justifie un contrôle de leurs pratiques en amont et *ex ante*, pour pallier les insuffisances d'une intervention en aval et *a posteriori* du droit de la concurrence »²⁵⁸.

En plus, la nature de l'offre et de la demande dans les secteurs des télécommunications présente certaines spécificités, qui ne permettent pas au libre jeu de la concurrence de produire des résultats optimaux. Les principales difficultés qui en découlent, tiennent à l'accès des acteurs économiques et des consommateurs au marché. « Vu que les problèmes proviennent des facteurs structurels et ne résultent pas forcément des comportements abusifs des entreprises, l'interaction des seules forces du marché et corrélativement la seule application des règles du droit de la concurrence, ne sont pas en mesure de remédier à ces défaillances persistantes. Plus spécifiquement, du côté de l'offre, l'existence de coûts fixes²⁵⁹ importants dans les secteurs de l'information et de la communication, ainsi que l'augmentation faible des coûts variables²⁶⁰,

²⁵⁶ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 59.

²⁵⁷ La norme costaricienne fait encore référence au terme « télécommunications », au détriment du critère « communications », utilisé d'une manière plus inclusive par les directives européennes.

²⁵⁸ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 67.

²⁵⁹ Les coûts fixes restent constants, quelles que soient les quantités produites. V. l'arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991, aff. C-62/86, AkzoChemie BV, *Rec.* p.3359, pt. 71. Selon le glossaire de la Commission des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, juillet 2002, (p.17), les coûts fixes sont ceux qui ne varient pas en fonction des quantités de biens ou de services produits.

²⁶⁰ Les coûts variables sont les coûts liés au fonctionnement du réseau. Ils sont afférents à l'unité produite, à titre d'exemple, les coûts du matériel et de l'énergie utilisés dans le processus de production. Les coûts variables sont

produisent des économies d'échelle substantielles. La construction d'un réseau, le développement d'un service sophistiqué ou la conception d'un logiciel informatique requiert des dépenses élevées, mais toute unité supplémentaire du produit ou toute ligne additionnelle raccordée au réseau, ne coûte quasiment rien et contribue en plus à la diminution des coûts fixes »²⁶¹. Les économies d'échelle génèrent des tendances de concentration et de monopolisation de l'offre²⁶².

Il existe alors une relative impuissance du droit de la concurrence face au caractère endémique de certains dysfonctionnements propres au marché des télécommunications. Le progrès technologique a amené la majorité des économistes à reconsidérer la question de l'existence des monopoles naturels dans les secteurs des télécommunications. Le débat est recentré désormais sur l'existence d'*éléments* de monopole naturel, qui subsistent malgré tout, selon certains auteurs et appellent une intervention directe de l'autorité publique, au-delà des règles du droit commun de la concurrence. La boucle locale dans les télécommunications en constitue l'illustration caractéristique.²⁶³

Il est donc normal que la norme cadre pour l'ouverture du marché des télécommunications au Costa Rica établisse la création d'une autorité de régulation avec des outils de contrôle de la concurrence sectorielle. Il faut rappeler en tout cas, que le gouvernement costaricien était obligé de créer un régulateur indépendant, du fait de l'engagement pris lors de la signature du Traité de Libre-échange avec les Etats-Unis et l'Amérique Centrale (CAFTA). Or, la question de la répartition des compétences pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles ne fait pas partie du compromis. Cela devait correspondre au choix politique du pays.

faibles, si l'utilisation du réseau est basse, mais augmentent fortement dès qu'on se rapproche des capacités de celui-ci, à cause des risques de pannes, de saturation etc. Voir dans ce sens : PENARD, THIERRY. Stratégies et concurrence dans la Net-économie. Sur *e-Europe*, La société européenne de l'information en 2010. Economica, Paris, France. 2002. P.17.

²⁶¹ CROCQ, I. Régulation et réglementation dans les télécommunications. Economica. Paris, 2004. p.83. Les coûts moyens de production des services sont décroissants avec le nombre d'utilisateurs. Voir dans le même sens : PENARD, TH. Stratégies et concurrence dans la Net-économie, in *e-Europe*, La société européenne de l'information en 2010. Economica, Paris, France. 2002. P.18.

²⁶² GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. P. 67.

²⁶³ LAFFONT (J.-J.), Pourquoi réguler ? *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations économiques*, p.58. Sur THEODOROS GALANIS, Theodoros. IBID.

Néanmoins, d'après l'étude des actes législatifs concernant le projet de loi générale des télécommunications, numéro 16.398, il faut remarquer qu'aucune étude par rapport aux liens entre la régulation sectorielle, le droit de la concurrence et la distribution des compétences a fait partie de l'analyse du projet. La seule manifestation à ce sujet est celle des représentants de la Coprocom, qui ont mis en garde sur la nécessité de bien définir le modèle de contrôle de la concurrence sectorielle afin de garantir l'efficacité du régime sectoriel²⁶⁴. En plus, selon l'étude des actes législatifs, on ne peut pas arriver à la conclusion que le modèle sectoriel soit le résultat d'une transposition d'un autre régime international. Aucune référence aux modèles et expériences internationales, n'a été mise à l'étude.

Les seuls arguments des défenseurs du modèle se fondent sur le fait qu'apparemment, en concentrant le contrôle *ex ante* et *ex post* sur l'autorité de régulation, on profitera d'une majeure spécialisation en matière de réseaux et de technologies, tout en évitant la capture de l'organe. De même, grâce à la Sutel en tant qu'autorité spécialisée pourvue de compétences concentrées, il existera une meilleure canalisation de l'information des marchés pertinents et des acteurs du marché²⁶⁵. Il semble encore que la seule priorité des rédacteurs et des législateurs était de créer une toute nouvelle autorité avec des pouvoirs renforcés, tout en fixant certains aspects limitatifs de la loi 7472 de concurrence.

Il reste à voir si ce modèle « authentique » fournit les conditions indispensables pour un contrôle effectif de la concurrence sur le marché des télécommunications. La délégation des pouvoirs d'enquête et de sanction ainsi que les particularités du régime sectoriel de concurrence par rapport au droit général (**Chapitre 1**), renforcent la nécessité d'une excellente coordination au niveau institutionnel entre la SUTEL et la COPROCOM (**Chapitre 2**).

²⁶⁴ L'ancienne commissaire Maria Lourdes Ehandi Gurdian a fait une présentation devant les députés de la Commission chargés du projet de Loi 16.398 (Loi Générale des Télécommunications). A son avis (en représentation de la COPROCOM), les députés devraient modifier le projet originel afin de déléguer les compétences des enquêtes et de direction de la procédure de sanctions des pratiques anticoncurrentielles sur le marché des télécommunications à la COPROCOM et non pas à l'autorité de régulation.

²⁶⁵ Projet de Loi numéro 16.398, Loi Générale des Télécommunications. Actes législatifs. Assemblée Législative du Costa Rica.

CHAPITRE 1.- Les particularités du régime sectoriel de concurrence vis-à-vis du droit interne de concurrence

La Loi Générale des Télécommunications, numéro 8642 de juin 2008, pose sans doute certaines règles qui vont améliorer le contrôle de la concurrence par rapport au droit interne de la concurrence. Dans le but de fortifier les mécanismes de contrôle dans ce secteur innovant, le législateur a incorporé des nouveautés tant sur le plan préventif que répressif.

Il faudrait surtout souligner les facultés *ex ante* de la SUTEL pour le contrôlé efficace du marché. Le législateur a établi un régime particulier d'intervention tarifaire pour mieux contrôler la transition du monopole vers l'environnement concurrentiel. Les prix des services sont établis sur la base d'un prix maximal jusqu'à ce que la Sutel établisse que les conditions existent pour une concurrence effective sur un marché particulier selon les termes de l'article 50 de la Loi Générale des Télécommunications. Or, on verra que le régime répond plutôt à une sauvegarde politique et que les premières interprétations de l'autorité de régulation peuvent pourtant provoquer des distorsions sur le marché.

La Loi octroie à la SUTEL des pouvoirs forts pour requérir de l'information de la part des entités régulées. Le fait que ce soit le régulateur qui obtient constamment l'information de la part des opérateurs facilite le traitement de toute l'information pertinente. Pourtant, il est clair que cela ne va pas assurer *per se* l'accès à la documentation ou l'information nécessaire pour aboutir à démontrer une conduite anticoncurrentielle. C'est ici où les pouvoirs de perquisition auraient été indispensables, à l'instar de l'expérience internationale, car au niveau interne, l'expérience de la COPROCOM s'est révélée limitée lors des enquêtes menées contre des agents économiques.

Le régime sectoriel inclut bien évidemment le contrôle des opérateurs nommés « importants ». En droit comparé, il s'agit des agents pourvus d'un certain degré de dominance sur le marché. Ce mécanisme répond à une régulation asymétrique, mécanisme qui vise à établir des équilibres, particulièrement au cours de la transition vers un environnement concurrentiel, en permettant l'accès effectif des nouveaux opérateurs concurrentiels. Ce mécanisme cherche aussi à sanctionner les comportements abusifs des opérateurs de réseaux ou prestataires de services qui

se trouvent dans une position dominante, et non pas l'efficacité des agents, comme dénoncé par les détracteurs du projet au sein de la Commission législative.

Au niveau de l'analyse des pratiques anticoncurrentielles, la Loi Générale fait une rémission aux notions de base contenues dans la Loi 7472. La définition du marché pertinent et de pouvoir de marché²⁶⁶ a été développée au cours de plus de quinze ans d'histoire de la COPROCOM. Cela fait preuve d'une base d'analyse solide. L'autorité de régulation va au moins profiter de la jurisprudence existante au niveau du droit général pour permettre le maintien de la même ligne directrice suivie par l'autorité de la concurrence.

Le régime sectoriel reprend aussi la totalité des pratiques contenues dans les articles 11 (pratiques monopolistiques absolues) et 12 (pratiques monopolistiques relatives) de la Loi 7472. Cela à l'exception de trois conduites typifiées uniquement pour le secteur des télécommunications. Il s'agit d'abord de la vente à des prix ou des conditions discriminatoires. Selon l'article 8 du Règlement du Régime de Concurrence Sectorielle, la pratique se manifeste quand un opérateur propriétaire d'infrastructures ou prestataire de services met ceux-ci à la disposition de ses filiales ou de certains clients à des prix ou conditions plus favorables que ceux qui sont offerts à des tiers. La loi incorpore aussi la négative de vente au niveau des pratiques anticoncurrentielles. Elle est définie à l'article 9 du Règlement, comme le refus unilatéral de vente ou de commercialisation de services de télécommunications disponibles, normalement offerts ou acquis par des tiers, sans justification raisonnable.

Finalement, la Loi définit les subventions croisées. Celles-ci sont entendues comme l'utilisation de revenus d'un marché ne faisant pas partie de l'environnement concurrentiel pour subventionner les prix des services des télécommunications libéralisés, faussant par là le libre jeu de la concurrence. Il faut rappeler que la Loi Générale des Télécommunications est expresse sur le maintien du monopole de la téléphonie fixe (offert par le biais du réseau traditionnel de cuivre). En plus, l'opérateur historique, l'ICE, est aussi le producteur et prestataire

²⁶⁶ La Loi 7472 de Promotion de la Concurrence et de Défense Effective du Consommateur pose les critères de définition du marché « relevant » et du pouvoir substantiel. Articles 14 et 15.

monopolistique des services d'énergie électrique. L'importance de l'innovation face à la réalité du secteur est donc évidente.

La SUTEL en tout cas devra analyser les effets pro concurrentiels, l'efficacité du marché dérivé des actions et les besoins significatifs et non transitoires des usagers des services. La « règle de la raison » est dès lors applicable aux pratiques typifiées à l'article 54 de la Loi Générale des Télécommunications, dans le même sens que l'article 12 de la Loi 7472 de concurrence.

La SUTEL pourra aussi décréter des mesures conservatoires et des mesures correctives des comportements anticoncurrentiels. Selon l'article 58 de la Loi, la SUTEL peut déclarer la suspension, la correction ou encore la suppression totale d'une pratique. De même, l'autorité de régulation va pouvoir déconcentrer, partiellement ou totalement, toute concentration opérée sur le marché des télécommunications. Ces facultés sont aussi présentes dans le régime général du droit de la concurrence. Néanmoins, la nouveauté consiste dans l'incorporation du contrôle préventif des concentrations à l'article 56 de la Loi Générale des Télécommunications. La SUTEL compte sur un contrôle ex ante, ce qui permet d'analyser préalablement les alliances et les opérations de concentration entre des opérateurs ou prestataires du secteur, et non à posteriori, comme le fait la COPROCOM, selon les termes de l'article 17 de la Loi 7472. Les avantages du contrôle préventif sont communément acceptés. L'autorité de régulation, SUTEL, aura des outils plus efficaces pour éviter des alliances anticoncurrentielles qui pourraient conduire à la formation d'un monopole ou oligopole.

Il faudrait remarquer aussi les facultés légales de la SUTEL pour l'analyse des incidences des stratégies régionales de certains opérateurs et ses effets sur le marché interne. Ceci revêt un intérêt particulier par le fait que les principaux opérateurs concurrents de l'opérateur historique sont des entreprises pourvues d'une forte présence régionale, et il se peut qu'elles considèrent le marché local comme une extension du marché latino-américain ou elles sont déjà implantées depuis longtemps. Il reste à voir l'applicabilité du régime punitif aux pratiques régionales, sujet sur lequel on se penchera vers la fin de cette étude.

Au niveau des sanctions, la Loi Générale cherche à corriger la plupart des “erreurs” contenues dans la Loi 7472 de concurrence. La SUTEL dispose de la possibilité d’imposer des sanctions sur la base des revenus bruts et les ventes annuelles des infracteurs, ce qui en principe, rend proportionnelle l’amende potentielle par rapport à la taille des entreprises qui participent au marché des télécommunications. La Loi prévoit en plus la possibilité d’imposer une sanction en considérant tout le groupe économique et pas nécessairement l’infracteur, ce qui assure le caractère dissuasif des sanctions potentielles, tout en évitant des stratégies commerciales et légales visant l’évasion de la responsabilité du groupe.

Au niveau parlementaire, il y a eu un consensus par rapport à la nécessité de compter sur une autorité de régulation pourvue de compétences concentrées et d’outils efficaces pour aboutir à la promotion d’une ambiance concurrentielle. La création du régime sectoriel de la concurrence dans la Loi Générale des Télécommunications répond à ce consensus. On va se pencher sur les sujets considérés les plus intéressants du point de vue de l’analyse critique par rapport aux compétences et aux premières expériences vécues par la SUTEL. D’abord, la création du contrôle préalable des concentrations (**Section 1**) et, ensuite, l’analyse des sanctions imposables afin d’établir si le nouveau régime va permettre l’imposition de sanctions vraiment dissuasives des comportements anticoncurrentiels, par rapport aux problèmes existants dans le droit général de la concurrence costaricien (**Section 2**).

Section 1.- L’autorisation préalable en matière des concentrations

La Loi Générale des Télécommunications incorpore le contrôle préalable des concentrations, définies à l’article 56 de la LGT, comme « *la fusion, l’acquisition du contrôle actionnaire, les alliances ou tout acte en vertu duquel sont concentrés les sociétés, les associations, les actions, le capital social, les fidéicomis ou les actifs en général, et qui se réalisent entre des opérateurs de réseaux et prestataires de services de télécommunications indépendants entre eux* »²⁶⁷.

²⁶⁷ A titre de comparaison, en France, selon l’article L.430-1 du Code du Commerce, une opération de concentration est réalisée lorsque deux entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, lorsqu’elles créent une entreprise commune ou lorsqu’une entreprise prend le contrôle d’une ou de plusieurs autres.

La loi oblige désormais à la notification préalable de tout acte de concentration auprès de la SUTEL. L'autorité de régulation doit évaluer l'impact de la concentration sur le marché et déterminer si elle peut fausser la concurrence. Selon la Loi, l'autorité ne doit autoriser aucune concentration qui résulte en une acquisition de pouvoir substantiel ou l'accroissement de la possibilité d'exercer ce pouvoir sur le marché pertinent, sur la base des articles 14, 15 et 16 de la Loi de la concurrence qui font référence aux paramètres de définition du pouvoir substantiel et du marché pertinent; ou bien qui puisse faciliter la coordination expresse ou tacite entre les opérateurs. Or, la SUTEL pourra aussi évaluer si la concentration devient nécessaire pour obtenir des économies d'échelle, développer des efficiences ou éviter la sortie d'un agent.

L'autorité de régulation doit statuer au vu d'un rapport de l'autorité de la concurrence (COPROCOM), selon les articles 55 et 56 de la LGT. Même si ce rapport n'est pas contraignant, il devient essentiel en tenant compte que la SUTEL n'a aucune expérience dans le domaine de l'analyse des concentrations. Du côté de l'autorité de la concurrence, même si la COPROCOM a déjà résolu quelques cas, son expérience demeure limitée. Il faut rappeler que le régime commun de concurrence ne compte pas sur le contrôle préalable. L'article 16 de la Loi 7472 de promotion de la concurrence établit uniquement la possibilité d'analyser une concentration *ex post*. Toute procédure de concentration doit être ouverte dans les six mois à partir du moment où l'acte est rendu public.

La COPROCOM peut conditionner la concentration à des engagements, et même l'annuler. Or, les commissaires ont adopté un critère général sur la base d'une réalité : le « remède » peut bien être pire que la « maladie ». Déclarer l'annulation d'une concentration déjà formalisée peut se révéler onéreux et provoquer des dommages très graves aux parties. Ce sont les risques du contrôle à postériori certainement. Or, dans la pratique, la COPROCOM n'ira certainement pas jusqu'à ordonner la séparation des agents économiques concentrés, même si le résultat de la concentration est néfaste pour un marché pertinent. Vu cette réalité, la COPROCOM a constamment sollicité aux autorités législatives la réforme de la Loi 7472 afin de compter sur des pouvoirs de contrôle préalable.

Dans l'affaire ATLAS – MABE, une concentration entre les deux principaux producteurs et fournisseurs d'articles électroménagers, la COPROCOM a déterminé qu'il y avait une forte concentration (sur la base de l'analyse HHI). Les prix de certains produits (cuisines et réfrigérateurs) sur lesquels le Groupe fusionné disposait désormais d'un monopole de fait, ont augmenté d'environ 33% en moins de trois ans. L'annulation semblait le seul remède. Pourtant, la Commission a infligé à l'entreprise des obligations limitant par exemple une potentielle intégration verticale, et l'obligation de fournir de l'information périodique par rapport aux coûts et prix des produits. De plus, la COPROCOM a imposé une amende record de 1.158 millions de colons, soit à peu près € 1.598.317, sur la base de l'article 28 de la Loi 7472²⁶⁸. Cette norme fait actuellement l'objet d'une action d'inconstitutionnalité auprès de la Chambre Constitutionnelle, justement interpellée par l'entreprise MABE. La résolution est devenue historique pour le contrôle des concentrations au Costa Rica dans l'affaire des entreprises et est sans doute une excellente référence pour l'analyse des concentrations que devra faire la SUTEL dans le secteur des télécommunications.

Les pouvoirs de la SUTEL dans le contrôle ex ante des concentrations constituent une énorme avancée pour le droit national de la concurrence. En droit français et en droit européen, il existe aussi un contrôle préalable. En France, ce contrôle des opérations de concentration a été transféré par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 à l'Autorité de la concurrence. La réforme rapproche le modèle français de celui en vigueur partout ailleurs en Europe : le bilan concurrentiel des opérations de concentrations est effectué par l'Autorité indépendante spécialisée dans la régulation de la concurrence et non par l'autorité de régulation sectorielle. C'est en principe la même distribution des compétences applicable au Costa Rica, sauf pour le secteur des télécommunications. A titre exceptionnel, le ministre de l'économie français peut cependant, une fois la décision de l'Autorité rendue, évoquer une opération présentant un caractère stratégique pour le pays, au nom de considérations d'intérêt général autres que la concurrence, scénario non existant dans la norme costaricienne.

²⁶⁸ *Comisión Para la Promoción de la Competencia (COPROCOM)*. Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Affaire: *Concentration Atlas – Mabe*.

Or, la « créativité » du législateur costaricien risque de mettre en jeu le régime sectoriel du contrôle des concentrations. L'article 56 de la LGT oblige d'abord la SUTEL à se prononcer sur toutes les opérations de concentration réalisées dans le secteur des télécommunications. En France, l'Autorité de la concurrence ne se prononce pas sur toutes les opérations. Certains sont en effet de dimension communautaire, auquel cas elles doivent être notifiées à la Commission européenne, qui peut cependant décider de les renvoyer à l'Autorité nationale. Et, d'autre part, le Code du Commerce précise des seuils conditionnant l'obligation de notification préalable²⁶⁹. Ces dispositions visent à prévenir l'analyse des opérations sans aucun effet évident sur la concurrence, et à rendre plus efficaces les interventions de l'autorité compétente.

De même, la Loi Générale des Télécommunications établit un délai maximum de 30 jours ouvrés (45 jours en cas de « *spéciale complexité* ») pour rejeter, autoriser ou conditionner une notification de concentration. En France, à titre de comparaison, le Code de Commerce rend 25 jours ouvrés à compter de la date de réception d'un dossier complet de notification. Or, ce délai est applicable dans l'analyse des opérations de concentrations qui ne posent pas de difficultés de concurrence particulières ou si les engagements présentés par les parties remédient aux problèmes constatés. Si un doute sérieux d'atteinte à la concurrence subsiste au terme de cette première phase d'analyse, l'Autorité française doit ouvrir une deuxième **phase**, afin de procéder à une analyse approfondie de l'opération. Elle examine notamment si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, particulièrement par la création, le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui placeraient les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle examine également si l'opération est justifiée par des gains d'efficacité compensant les atteintes à la concurrence éventuellement constatées. A l'issue de cet examen, l'Autorité doit rendre une décision en principe 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de cette deuxième phase.

La différence des délais prévus par le législateur est relativement importante. Il faut en plus tenir compte des différences de contexte entre l'autorité française et l'autorité compétente (SUTEL) au Costa Rica. Il existe une énorme différence déjà au niveau des ressources, mais surtout au niveau

²⁶⁹ L'article L 430-2 du Code de commerce français précise les seuils de chiffres d'affaires déclenchant l'obligation de notification de l'opération auprès de l'Autorité.

de l'expérience et du parcours dans l'analyse de ce type d'opérations de concentration. La SUTEL –sans aucune préparation ni expérience–, devra résoudre les notifications des opérations de concentration dans un délai encore inférieur à celui existant en France. Il semble alors que ce délai devient irraisonnable, vu la complexité de l'analyse des concentrations. A ce sujet, Maître Luis Berenguer, Président du Tribunal de la concurrence d'Espagne, avait déjà averti qu'il était presque impossible d'effectuer l'analyse dans le délai rendu par les législateurs au Costa Rica²⁷⁰.

La mission est aussi difficile pour l'autorité de la concurrence (COPROCOM). Elle ne compte que 15 jours ouvrés pour analyser la notification de concentration et émettre son critère technique et sa recommandation finale. D'après l'expérience de la COPROCOM jusqu'à présent, la mission est presque impossible, et plus encore, en considérant que les Commissionnaires ont une seule session de travail par semaine. La COPROCOM a mis, par exemple, plus de trois ans pour aboutir à une résolution finale dans l'affaire de l'électroménager ATLAS–MABE. Il est vrai que ce délai est très élevé, mais il est aussi vrai que celui de 15 jours est irraisonnable.

Le Règlement sur le régime sectoriel de la concurrence a cherché à « allonger » le délai établi par la Loi. L'article 27 fixe d'abord que le délai compte à partir du moment où sont remis les documents complets requis pour l'analyse de la concentration. Ensuite, le délai est suspendu une fois que la SUTEL renvoie à la COPROCOM l'affaire pour l'émission du critère technique. Ceci se rapproche plus du système de droit français, où une fois l'opération notifiée à l'Autorité, cette dernière procède à l'examen de l'opération, plus ou moins rapidement, selon la nature de l'opération et les difficultés qu'elle suscite²⁷¹. En plus, dans le but d'évacuer effectivement les notifications d'autorisation de concentrations, le Règlement a aussi cherché à établir des présomptions favorables, en signalant des cas où la concentration ne va pas avoir un objet ou effet anticoncurrentiel. L'article 25 du Règlement établit comme présomption favorable d'une part, toute transaction qui implique une restructuration corporative d'un groupe économique et d'autre part, les transactions qui impliquent la participation de l'acquéreur pour la première fois sur le marché pertinent, dans les cas où la structure du marché n'est pas modifiée et il n'y a

²⁷⁰ BERENGUER, L. Président de la « *Comision Nacional de la Competencia* » de l'Espagne. Colloque pour la célébration du Troisième Congrès Centroaméricain de la concurrence. Roatan. Honduras. Août 2009.

²⁷¹ Pour davantage de détails sur les délais pour lesquels l'Autorité de la concurrence se prononce, consulter les articles L. 430-5 et L. 430-7 du Code de commerce.

qu'une substitution d'opérateurs. Dans ce cas-ci, les agents concernés ne doivent pas participer sur les marchés liés, ni être concurrents potentiels sur le marché pertinent ou les marchés liés. Finalement, le règlement considère les cas où le titulaire des actions ou des participations sociales a le contrôle de la société ou tout simplement fait augmenter sa participation sur le marché pertinent ou les marchés liés.

Ces normes réglementaires vont permettre de donner plus de marge et donc d'efficacité au contrôle des concentrations, en raison de la limite de temps établie par le législateur -sans aucune motivation particulière-, qui restreint l'analyse de fond des différentes concentrations soumises à l'autorisation. La SUTEL pourra ainsi consacrer plus de temps aux concentrations vraiment significatives pour le marché. La COPROCOM pour sa part devra continuer à travailler sur ses limitations d'ordre budgétaire afin de compter sur les ressources humaines et techniques nécessaires pour accomplir efficacement ses fonctions, en particulier par l'émission des rapports techniques sous la consultation de la SUTEL en matière de télécommunications.

Il faut remarquer que la SUTEL n'a encore mis en place aucun mécanisme de contrôle sur la composition du capital social des opérateurs autorisés sur le marché des télécommunications. Ceci est l'une des exigences indispensables pour contrôler les mouvements sociaux et la conformation des groupes économiques. Le sujet est jusqu'à présent loin d'être une priorité pour la SUTEL, au vu de l'expérience des trois premières années de fonctionnement.

La première affaire pour les autorités de régulation et de concurrence semble proche. Selon les avis de presse²⁷², il semble que le Groupe ICE, à travers sa filiale RACSA, soit en cours de négociation pour l'acquisition de l'entreprise *CABLE VISION*, troisième câblo-opérateur du pays. L'opération peut signifier le grand retour de RACSA au plus haut du marché, avec des offres *triple play* qui peuvent dynamiser le marché des câblo-opérateurs, jusqu'à présent caractérisé par une concurrence timide et une distribution fortement régionale des clients, particulièrement entre les deux principaux opérateurs, *AMNET* et *CABLE TICA*. Or, l'opération engage l'opérateur historique et le seul à être déclaré comme ayant un pouvoir significatif sur le marché selon la

²⁷² Sur: *LA NACION*. ICE compite por compra de empresa *CABLE VISION*. Economía. San José, Costa Rica. 27 Janvier 2012. En ligne sur : <http://www.nacion.com/2012-01-27/ElPais/ice-compite--por--compra-de-empresa-cablevision-.aspx>

SUTEL. On devra attendre les arguments pro concurrentiels du Groupe ICE, l'avis de la COPROCOM et finalement, la décision de la SUTEL par rapport à cette opération de concentration qui va sans doute mettre à épreuve la norme et la capacité des autorités impliquées dans la décision.

Section 2.- Des sanctions plus conformes à la réalité du marché

Parmi les facultés de sanction, la SUTEL compte sur des pouvoirs d'injonction, des facultés d'inspection, des mesures conservatoires et d'imposition d'amendes. En cas de gravité extrême, l'autorité peut même ordonner la suspension de l'efficacité de la concession et recommander au Pouvoir Exécutif la révocation de cette concession. Il est de notre intérêt de réviser le régime des sanctions pécuniaires imposables par la SUTEL lors du contrôle de la concurrence sectorielle.

On a déjà mis en évidence les limitations de la COPROCOM dans l'imposition des sanctions pécuniaires aux agents infracteurs du droit de la concurrence. D'un côté, la plupart des sanctions sont calculées sur la base des salaires minimums, élément absolument étranger à la capacité et réalité économique de l'entreprise. L'article 28 de la Loi 7472 établit un seuil maximum de jusqu'à 410 fois le salaire minimum²⁷³ (un maximum de € 149.258,00) dans le cas de pratiques relatives et de concentrations illégales, et jusqu'à 680 salaires minimums (un maximum de €247.550,00) dans le cas de pratiques absolues (accords horizontaux).

D'autre part, la norme est imprécise dans les cas d'affaires à « gravité particulière »²⁷⁴. L'article 28, paragraphe 3 ne donne pas la possibilité de fixer l'amende selon un taux de 0 à 10% des ventes annuelles de l'infracteur, tel que prévu pour le calcul des actifs²⁷⁵. Ceci a provoqué que

²⁷³ Salaire minimum au Costa Rica pour le premier semestre 2013: ¢ 251.191,19. Données officielles sur le site: <http://www.mtss.go.cr/home.html>

²⁷⁴ La Loi 7472 n'établit pas les éléments de définition de « gravité particulière ». Pourtant, la Coprocom doit considérer les éléments de méditations de la sanction de l'article 29, à savoir: la gravité de l'infraction, la mise en danger ou dommage causé, les indices d'intentionnalité, la participation de l'infracteur sur le marché, la taille du marché concerné, la durée de la pratique ou la concentration et la capacité de paiement de l'infracteur.

²⁷⁵ Selon la littéralité de l'article 28, paragraphe 3, de la Loi 7472 (*Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*), la Coprocom peut infliger une amende équivalente à 10% des ventes annuelles obtenues par l'infracteur au cours de l'exercice social précédent, au moment de l'imposition de la sanction, ou bien, jusqu'à 10% de la valeur des actifs de l'infracteur. Entre les deux paramètres, la Commission doit appliquer celui qui résulte le plus élevé.

dans des affaires considérables de « gravité particulière », la COPROCOM a décidé d'imposer une sanction sur la base du premier paragraphe (salaires minimums) et non sur la base du troisième paragraphe. La justification : une sanction « équivalente » à 10% des ventes annuelles peut devenir confiscatoire, et l'autorité ne peut utiliser un taux inférieur à 10% pour faire un choix plus proportionnel à la gravité de la pratique. C'est le cas particulier de l'Affaire *CSU*²⁷⁶ relative à l'imposition des conditions abusives de vente sur le marché de la grande distribution. Malgré l'évidence des dommages subis par les producteurs et les gains obtenus par l'entreprise, la COPROCOM a imposé une amende proche de soixante millions de colons, soit environ €85.000.

Cette problématique semble avoir été corrigée, au moins pour le régime sectoriel. Dans les cas des pratiques anticoncurrentielles, qu'elles soient « absolues » (ententes) ou « relatives », visées aux articles 53 et 54 de la Loi Générale des Télécommunications, la SUTEL peut infliger une amende de 0.5% à 1% du chiffre d'affaires de l'opérateur, réalisé au cours de l'exercice social précédent. Dans le cas de « gravité particulière »²⁷⁷, la SUTEL peut infliger une amende de 1% à 10% des ventes annuelles ou bien, de 1% à 10% de la valeur des actifs de l'infracteur²⁷⁸. Ces seuils sont aussi applicables aux infracteurs du régime de contrôle préalable des concentrations, c'est-à-dire, aux entreprises qui formalisent une opération de concentration sans l'autorisation de la SUTEL.

Cela représente déjà deux « corrections » par rapport aux problèmes d'application de l'article 28 de la Loi de concurrence 7472 que l'on a déjà commentés. D'abord, la LGT élimine la référence aux salaires, comme paramètre de base pour les infractions. La SUTEL comptera sur une base et une échelle considérablement plus importante pour imposer une sanction plus en accord avec la

²⁷⁶ *Corporación de Supermercados Unidos*, entreprise achetée par la Mutinational *Wal Mart*.

²⁷⁷ Il faut remarquer que la lettre de l'article 68 laisse à discrétion de la SUTEL l'évaluation de la gravité particulière de chaque affaire. Or, la SUTEL devrait appliquer les paramètres contenus dans l'article 70: la gravité de l'infraction, la durée de la pratique, les antécédents de l'infracteur, le gain obtenu ou attendu, le dommage provoqué et la capacité économique de l'infracteur. De façon supplétoire, la SUTEL peut considérer les critères de l'article 29 de la Loi 7472 de promotion de la concurrence.

²⁷⁸ Du point de vue du droit comparé, il faut rappeler qu'en droit communautaire, la Commission Européenne peut infliger à chaque entreprise ayant participé à l'infraction, de manière délibérée ou par négligence, une amende de 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise réalisé au cours de l'exercice social précédent pour chacune des entreprises concernées. Règlement 1/2003. Article 23, §2.

réalité économique de l'entreprise, selon les critères d'évaluation. Deuxièmement, l'article 68, paragraphe 3 (LGT), corrige le défaut de rédaction du troisième paragraphe de l'article 28 (Loi 7472). L'échelle existant pour le secteur des télécommunications rend possible une sanction proportionnelle vue au cas par cas, et permet d'éviter ainsi d'imposer des amendes absolument dérisoires pour l'infracteur comme a dû le faire la COPROCOM en raison des limitations normatives.

Il faut remarquer en plus, que le dernier paragraphe de l'article 68 de la LGT rend possible la sanction au Groupe économique et non seulement à la personne juridique qui a commis l'infraction. Ceci a aussi fait l'objet de débat lors de l'affaire *ATLAS-MABE* résolue par la COPROCOM²⁷⁹. La décision majoritaire de l'autorité a tenu en compte uniquement les ventes annuelles de l'entreprise *MABE* (acquérant d'*ATLAS*) et sur la base de l'exercice social précédent à la date de la formalisation de l'opération anticoncurrentielle.

Le débat par rapport à l'interprétation correcte de la référence à « *l'exercice social précédent* » à prendre en compte pour le calcul de l'amende correspondante, n'a pas été corrigé concernant la LGT. La COPROCOM avait depuis longtemps adopté la thèse qu'il correspondait à l'exercice social précédent à la date d'imposition de la sanction. Cependant, dans l'affaire *ATLAS – MABE*, l'autorité de concurrence a décidé d'utiliser l'exercice social précédent à la date de commission de l'infraction. En fait, dans le cas en référence, cette date était plus favorable pour l'infracteur par rapport à l'année de la décision de l'autorité, lorsqu'il fallait considérer les ventes annuelles du groupe concentré. Il aurait été souhaitable de maintenir l'ancien critère de la COPROCOM. Dans l'affaire *ATLAS – MABE*, ceci aurait représenté une amende proche de €11.252 millions, c'est-à-dire, 43% en plus du gain illégitimement obtenu par le groupe et correspondant à environ €8.834 millions.

Il est donc préférable que la norme soit claire au sujet de l'année de référence pour le calcul du chiffre d'affaires. Or, il serait aussi souhaitable de penser à octroyer à l'autorité le droit d'effectuer le calcul sur la base du chiffre d'affaires relatif à un exercice social antérieur, si elle

²⁷⁹ *Comisión Para la Promoción de la Competencia* (COPROCOM). Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Affaire: Concentration Atlas – Mabe.

considère que cette année de référence lui permet de mieux apprécier la taille et la puissance économique de chaque entreprise, ainsi que l'ampleur de l'infraction, modèle plus proche du droit européen.

L'effet dissuasif des sanctions pécuniaires en droit de la concurrence est un sujet qu'il faut absolument aborder au Costa Rica. L'expérience de la COPROCOM met en évidence la fragilité des interventions sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. L'affaire *ATLAS-MABE* fait preuve de l'état de la discussion au sein de l'autorité de la concurrence. Il va falloir attendre les premières décisions de la SUTEL. Or, il faut rappeler que ce sera la COPROCOM qui recommandera l'imposition de telle ou telle sanction. On peut constater à cet égard, la position minoritaire des commissaires Stephan Brunner (ancien Président de la Commission) et Katherine Berdugo sur l'affaire *ATLAS - MABE*. Ils ont fortement critiqué le changement de critères par rapport au mécanisme de calcul de l'amende et au montant de celle-ci, en argumentant que l'amende ne récupérait pas le dommage causé à l'économie et donc n'était pas suffisamment dissuasive du comportement anticoncurrentiel.²⁸⁰

L'UNCTAD et la COMPAL avaient déjà mis en garde et ont recommandé au Costa Rica de réformer le mécanisme des sanctions sur le droit de la concurrence, afin de rendre effective la

²⁸⁰ Il faut rappeler que dans l'affaire *Atlas-Mabe*, correspondant à une concentration des deux principales firmes d'électroménagers, la COPROCOM a déterminé que les entreprises ont perçu illégalement un profit de $\text{¢}6.505$ millions de colons, quelques $\text{€} 8.834.482$, suite à une augmentation d'environ 33%, dont un surprix de 10% par an, sur les trois années après la concentration. Nonobstant, la majorité des commissaires a établi une amende de $\text{¢}1.158$ millions de colons, soit à peu près $\text{€} 1.598.317$, selon une estimation des ventes pour 2010, sur base des revenus de 2008- derniers états financiers audités-, mais uniquement de l'entreprise acquérant -Mabe-, et non pas de la totalité du Groupe. L'amende imposée représente seulement 18.1% des profits illégaux des infracteurs. Ceci a été la raison pour laquelle les commissaires Brunner et Berdugo se sont séparés de la décision majoritaire, sur base de l'argument que l'amende ne recouvrait pas le dommage porté à l'économie et donc n'était pas suffisamment dissuasive du comportement anticoncurrentiel. A son avis, la Coprocom devait estimer les ventes annuelles du Groupe sur la base des données de 2008 mais en incluant les ventes de Mabe et d'Atlas. Selon ces commissaires, les ventes de Mabe, une fois consolidée l'acquisition, devaient absolument inclure les ventes d'Atlas, ce qui évidemment aurait permis une base de calcul beaucoup plus proportionnée aux profits illégaux des infracteurs. D'après la résolution de la minorité, l'amende aurait dû s'élever à $\text{¢}8.158$ millions de colons, quelques $\text{€}11.252$ millions. D'après les calculs de la Commission, ce montant aurait permis de confisquer la totalité du profit illégalement obtenu par l'infracteur et d'imposer encore en plus une amende nette correspondant à 43% des profits perçus par le Groupe *Atlas-Mabe*. - *Comisión Para la Promoción de la Competencia* (COPROCOM). Décision 07-2011 du 13 juillet 2011. Vote minoritaire. Affaire: Concentration *Atlas - Mabe*.

dissuasion²⁸¹. Or, à mon avis ce n'est pas uniquement un sujet de réforme de la norme, mais aussi d'ouverture et de changement en ce qui concerne les sanctions. Les autorités ont la plupart du temps atténué les sanctions par crainte qu'elles puissent devenir excessives ou confiscatoires. L'affaire *Atlas-Mabe* fait preuve d'un problème de perception à cet égard et non seulement de limitation normative. L'autorité de concurrence comptait dans cette affaire sur les outils pour imposer une amende qui aurait permis de confisquer les profits illégaux du groupe infracteur et en plus d'enjoindre une amende nette exemplaire.

Selon les recommandations d'organismes tel que l'OCDE, il est souhaitable d'évaluer les préjudices et de les comparer aux sanctions infligées afin d'assurer des sanctions pécuniaires optimales. « *Des sanctions sévères sont une composante indispensable de tout programme efficace de lutte contre les pratiques anti concurrentielles. Dans de nombreux pays, les amendes pécuniaires élevées sont aujourd'hui plus courantes. Mais cela n'est pas le cas partout, et il semble que les sanctions ne se situent pas encore à des niveaux optimaux. Par conséquent, les pays devraient s'efforcer d'aggraver encore les amendes qui peuvent être infligées aux personnes morales* »²⁸².

L'ancien Président du Tribunal de la concurrence d'Argentine, M. Petrecolla, estime qu'il existe aussi d'autres mécanismes à mettre en œuvre et qui ont connu un succès dans d'autres juridictions. Il fait référence, par exemple, à des initiatives pour informer le public sur les pratiques des entreprises en infraction qui peuvent miner leur réputation sur un marché.²⁸³ *L'International Competition Network*, dont le Costa Rica fait partie, compte parmi ses recommandations l'obligation des agents économiques de publier la décision condamnatrice, du fait que le dommage causé à la réputation de l'entreprise peut être encore plus dissuasif que la sanction même. En plus, les entreprises coupables d'une entente lors d'une licitation publique,

²⁸¹ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Examen Voluntario entre Homólogos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Naciones Unidas. Ginebra, 2008. P. 34-35.*

²⁸² Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation.* 2005.

²⁸³ PETRECOLLA, D. *Políticas y Legislación de competencia en Costa Rica: Examen Voluntario entre Homólogos. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Naciones Unidas. Ginebra. 2008. P. 35.*

peuvent être exclues de concours futurs²⁸⁴. Ce mécanisme n'est pas non plus prévu par la norme costaricienne, mais peut effectivement faire partie des instruments à considérer lors du projet de réforme de la Loi 7472.

Selon le rapport du Comité de la concurrence de l'OCDE, afin de renforcer l'effet dissuasif et l'efficacité des programmes de clémence, les pays devraient envisager également l'introduction et l'imposition de sanctions à l'encontre de personnes physiques, et notamment de sanctions pénales lorsqu'elles sont conformes aux normes sociales et juridiques. Si un pays admet que des sanctions frappant uniquement les personnes morales ne constituent pas à elles seules une dissuasion adéquate et que les sanctions pénales peuvent être un outil efficace dans la lutte contre les ententes, il devrait envisager des mesures qui optimisent les avantages des sanctions pénales tout en limitant leur coût²⁸⁵.

On considère généralement que les sanctions frappant les personnes morales sous forme d'amendes ne sont presque jamais assez lourdes pour constituer une dissuasion optimale et que la menace de sanctions personnelles peut être un complément important aux sanctions pécuniaires prononcées à l'encontre des personnes morales. *« Les sanctions à l'encontre des personnes physiques sont de nature à inciter davantage les dirigeants et les salariés à résister aux pressions qui peuvent conduire l'entreprise à participer à des activités illicites, augmentant ainsi l'efficacité de la dissuasion. De plus, les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent accroître l'efficacité des programmes de clémence, étant donné qu'elles incitent fortement à révéler des informations concernant les ententes en place et à coopérer avec les enquêteurs. Ces sanctions peuvent donc augmenter la probabilité qu'un individu se dissocie d'une entente et qu'il fournisse des informations et offre sa coopération, les programmes de clémence étant ainsi plus efficaces. Qui plus est, même lorsqu'une entente a déjà été découverte, le risque de sanctions*

²⁸⁴ *International Competition Network. Defining Hard Core Cartels Conduct .Effective Institutions. Effective Penalties. ICN 4th. Annual Conference. Bonn, Allemagne. 2005. P. 4.*

²⁸⁵ Le Comité de la concurrence fait référence aux mesures suivantes : obtenir un soutien public très large pour un régime de sanctions pénales, convaincre les procureurs et les juges que la poursuite pénale des ententes est nécessaire et qu'il faut imposer des sanctions pénales, et établir une coopération étroite entre les autorités de la concurrence et les procureurs publics. Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation. 2005.*

*individuelles et la possibilité d'éviter ces sanctions par la coopération renforcent la position de l'autorité de la concurrence au cours de l'enquête ».*²⁸⁶

Il existe une importante tendance à la pénalisation²⁸⁷. Or, il semble que la culture costaricienne soit loin d'accepter la poursuite d'une pratique concurrentielle (notamment liée aux accords anticoncurrentiels ou ententes) comme délit criminel. Il y aurait sans doute des difficultés à convaincre l'autorité de la concurrence (COPROCOM), la SUTEL (chargée du contrôle de la concurrence sectorielle), et les procureurs de poursuivre une entente. Il faudrait peut-être d'abord commencer par un changement culturel au niveau des sanctions pécuniaires et que les autorités s'habituent et comprennent l'intérêt d'imposer des sanctions dissuasives aux comportements anticoncurrentiels. La SUTEL compte sur un mécanisme des sanctions pécuniaires amélioré par rapport au régime de droit général dont dispose la COPROCOM. En s'attendant à que ses premières expériences marquent un changement en relation aux sanctions imposées par l'autorité de la concurrence. En tout cas, ceci va dépendre en grande mesure de la coordination interinstitutionnelle entre le régulateur et l'autorité de concurrence.

²⁸⁶ Selon le troisième rapport du Comité de la concurrence de l'OCDE, l'expérience montre que les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent avoir des effets dissuasifs. Par exemple, on a vu des cas où des opérateurs d'entente ont organisé des réunions à l'extérieur des *États-Unis* croyant (à tort) qu'ils échapperaient aux sanctions pénales prévues par la loi antitrust des *États-Unis*. Il existe aussi des exemples plus récents d'ententes qui excluent les *États-Unis* de leur champ d'application afin d'éviter le risque de sanctions pénales. Le risque de sanctions pénales pèse plus lourd que le risque de sanctions pécuniaires. C'est la leçon qu'on peut également tirer de l'expérience des *États-Unis*, où les auteurs d'infractions proposent généralement de payer de fortes amendes s'ils peuvent, ce faisant, éviter l'emprisonnement ; bien entendu, personne n'a jamais proposé d'aller en prison pour éviter une amende. Toutefois, il faut avertir qu'il n'existe pas d'éléments empiriques systématiques démontrant l'effet dissuasif des sanctions pénales et, surtout, permettant d'évaluer si l'avantage marginal de sanctions à l'encontre de personnes physiques, prenant la forme d'une réduction du préjudice dû aux ententes, est supérieur au coût additionnel lié à des sanctions pénales, notamment le coût correspondant des poursuites et de l'administration du système pénitentiaire. Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. 2005.

²⁸⁷ Selon l'OCDE, bien que peu de pays aient effectivement imposé des sanctions à l'encontre de personnes physiques, la tendance à considérer que les peines individuelles peuvent contribuer à une action plus efficace contre les ententes s'accroît. Le *Royaume-Uni* a introduit des sanctions pénales et a engagé des poursuites dans une première série d'affaires sous le nouveau régime juridique. En *Australie*, les sanctions pénales bénéficient d'un large appui et un dispositif pénal pourrait être adopté très prochainement. Le débat concernant les avantages d'un régime de sanctions pénales se poursuit dans d'autres pays. En *Suède*, par exemple, une commission a recommandé en 2004 l'incrimination du comportement d'entente. L'autorité suédoise de la concurrence, tout en n'écartant pas le principe d'une pénalisation, a exprimé des réserves à propos de cette recommandation en faisant valoir que le régime proposé, tel qu'il était conçu, pourrait en fait rendre la détection des ententes plus difficile.

CHAPITRE 2.- La nécessité impérieuse d'une coordination interinstitutionnelle

Vu la disposition de l'article 55 de la Loi Générale des Télécommunications, la coordination entre l'autorité de régulation (la SUTEL) et l'autorité de la concurrence (la COPROCOM) devient essentielle. Par impératif légal, la première doit compter sur l'avis de la deuxième pour toute procédure relative à une pratique anticoncurrentielle ou toute opération de concentration.

La coordination interinstitutionnelle est toujours centrale, quelque soit la distribution des compétences entre les autorités de régulation et les autorités de concurrence. Il faut rappeler qu'au niveau du droit comparé, le modèle institutionnel le plus répandu sur le continent européen est celui où d'un côté, il y a l'autorité de la concurrence, responsable de la mise en œuvre des dispositions du droit de la concurrence, et de l'autre, un ou plusieurs régulateurs spécialisés, dont les missions et l'étendue des pouvoirs sont variables²⁸⁸. Or, diverses formes de coopération sont mises en place pour assurer la cohérence des solutions issues des différentes autorités et la prévention des divergences. Par exemple, en Australie, le modèle consiste à abriter sous le même toit le régulateur spécialisé et l'autorité de la concurrence. Le gardien de la concurrence australien (*Australian Competition and Consumer Commission, ACCC*) s'est vu confier l'ensemble des missions de la régulation sur les secteurs des communications. Il assure à la fois le respect des règles de la concurrence, qui sont renforcées par un dispositif spécifique sur les questions d'accès et de quelques éléments de régulation sectorielle qui subsistent.²⁸⁹

La solution inverse est adoptée au Costa Rica : l'attribution au régulateur sectoriel (SUTEL) du pouvoir d'exercer la police concurrentielle. Elle part de l'hypothèse, assez aléatoire, que le régulateur sectoriel assurera mieux la cohésion entre les deux régimes, le droit de la concurrence et la régulation sectorielle, s'il est en mesure de choisir le régime le plus approprié pour traiter un

²⁸⁸ C'est le cas de la France, de l'Italie, des Pays-Bas, de l'Allemagne, de l'Espagne et de la plupart des autres pays européens.

²⁸⁹ En 2001, la Commission australienne de productivité (*Australian Productivity Commission*) a publié un rapport sur la régulation des télécommunications en Australie et a identifié les avantages suivants du cadre actuellement en vigueur : économies d'échelle et d'envergure en veillant à l'application de deux corps de règles, risques réduits de capture, cohérence des méthodes et des principes dans l'application des dispositions sur les pratiques anticoncurrentielles et des dispositions spéciales sur l'accès, transfert des connaissances entre les experts des différents secteurs et pas d'intérêt pour le maintien de la régulation sectorielle, en présence d'une concurrence réelle sur les marchés. Sur <http://www.pc.gov.au/inquiry/telecommunications/finalreport/#publish>.

problème particulier²⁹⁰. La compétence de l'instance sectorielle en matière du droit de la concurrence, peut être concurrente, c'est-à-dire partagée avec l'autorité générale : l'OFCOM, le régulateur britannique des communications, a des pouvoirs concurrents à ceux de l'OFT (*Office of Fair Trading*), l'autorité générale de la concurrence. Le Brésil a adopté un modèle équivalent et aux Etats-Unis, la FCC a certaines compétences en matière de contrôle des concentrations²⁹¹.

Le modèle costaricien est toutefois particulier car l'autorité de concurrence dispose en générale des compétences exclusives pour le contrôle concurrentiel des marchés. Ceci à l'exception du secteur des télécommunications, où le régulateur sectoriel exerce la police concurrentielle, malgré le fait qu'elle n'a aucune expérience dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Des affaires similaires peuvent avoir des résolutions différentes selon le marché pertinent et l'autorité compétente. Une bonne coordination est alors indispensable. La SUTEL devra plutôt demander des avis techniques à la COPROCOM en profitant de son expérience, et les respecter une fois émis, c'est-à-dire, éviter la « l'improvisation » déjà montrée dans d'autres domaines. Nous allons approfondir sur la coordination selon les diverses modalités d'intervention des autorités impliquées (**Section 1**). Ensuite, on se penchera sur la nécessité d'une coordination interinstitutionnelle lors de la définition du modèle pour l'adjudication des licences pour l'exploitation du spectre radioélectrique (**Section 2**), et finalement, l'intérêt et les particularités du rapport de la COPROCOM, lors des procédures visant des pratiques anticoncurrentielles et l'analyse préliminaire des opérations de concentrations en référence à l'article 55 de la LGT (**Section 3**).

²⁹⁰ OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*. Document de travail, 1999. Disponible sur www.oecd.com. p.58.

²⁹¹ A titre de référence, il existe une autre solution intéressante de distribution des compétences. La régulation transversale « main légère », testée en Nouvelle Zélande. Hormis certaines dispositions relatives au service universel, la régulation reposait, dans un premier temps, après la libéralisation des services publics (télécommunications, énergie, eau), uniquement sur les règles anti-trust. La surveillance de tous les secteurs en réseau a été confiée exclusivement à une « maison », l'autorité nationale de la concurrence (*New Zealand Commerce Commission*). Aucun régulateur sectoriel n'a été institué, la priorité étant la liberté de négociation entre les acteurs et l'intervention *a posteriori* en cas de litiges, d'abord par la voie juridictionnelle et ensuite par la voie réglementaire. Le bilan de ce système « peu contraignant » est mitigé : les grandes batailles juridiques autour des tarifs d'interconnexion à la boucle locale entre l'opérateur historique et la firme *Clear*, qui ont perduré plusieurs années, ont laissé un goût amer de l'expérience néo-zélandaise, mais on remarque aussi la thèse soutenue que des progrès considérables ont été réalisés dans certains domaines. Force est de constater toutefois que depuis 2001 le cadre réglementaire et institutionnel a été modifié, avec l'introduction de certaines règles spécifiques en matière de télécommunications et la nomination d'un commissaire des télécommunications (*Telecommunications Commissioner*) au sein de l'autorité de la concurrence, secondé de collaborateurs spécialisés. Voir à ce sujet : GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 63.

Section 1.- Les modalités d'intervention articulées de l'autorité de régulation et de l'autorité de la concurrence

Sur le plan institutionnel, les autorités, que ce soit de la concurrence ou de régulation, doivent articuler leurs compétences afin de promouvoir une ambiance concurrentielle. Ceci est encore plus vrai sur le marché des télécommunications au Costa Rica, et d'après le modèle institutionnel configuré par le législateur. *Grosso modo*, les questions principales traitées par la régulation sectorielle sont les conditions techniques et tarifaires d'accès au réseau, les modalités d'entrée sur les marchés (autorisations, allocation de ressources rares), la détermination des prix finals, le service universel et une série de sujets, qui, selon le professeur Cohen-Tanugi²⁹², n'ont aucun rapport, ou presque, avec la concurrence. Or, au Costa Rica, cela revient à l'autorité de régulation sectorielle en plus de l'intervention au sujet du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

Il faut d'abord signaler que sur le marché costaricien, l'appréciation du professeur Cohen-Tanugi n'est pas vraiment applicable. Bien que théoriquement, on puisse soutenir sa thèse, l'intervention sur la base de l'improvisation et l'absence d'une régulation claire semblent conduire à l'imposition de barrières régulatrices sur le marché, ce qui affecte directement la concurrence. Quelques exemples : la fixation des prix finaux sur la base des données de 2005 ; l'application d'un régime tarifaire sur des marchés absolument concurrentiels; l'imposition d'obligations insensées pour l'opérateur historique ; le refus de définir les prix et les conditions d'accès aux installations essentielles ; l'imposition d'exigences telle que la souscription d'accords d'interconnexion aux prestataires de services à valeur ajoutée²⁹³ ; l'absence d'intervention dans des affaires concernant l'accès à l'infrastructure des opérateurs concurrents, etc... Il existe un

²⁹² COHEN-TANUGI (L.), L'articulation entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence, contribution au colloque organisé par la DGCCRF « La régulation : Monisme ou pluralisme ? Equilibres dans les secteurs des services publics concurrentiels ». *Rev. conc. consom.* n° 103, mai-juin 1998, p.60.

²⁹³ Le Tribunal du Contentieux Administratif étudie actuellement une plainte de l'entreprise américaine *Credit Card Services* contre la SUTEL. L'autorité de régulation insiste sur l'obligation dans la souscription d'un accord d'interconnexion avec le Groupe ICE. Selon l'ICE et CCS, la souscription du contrat oblige à une augmentation d'au moins 30% sur les prix finals de CCS. A son avis, il faut juste un contrat commercial d'accès au réseau (E1-PRI). La SUTEL n'a pas apparemment exigé ce contrat aux opérateurs mobiles virtuels (MVNO) –*Full Móvil* et *Tuyo Móvil*-, entreprises qui utilisent le réseau mobile du Groupe ICE. Ceci semble provoquer une discrimination injustifiée de la part du régulateur, en limitant l'accès des nouveaux concurrents sur le marché.

lien direct entre plusieurs décisions de l'autorité de régulation et le niveau de concurrence sur le marché costaricien, malheureusement, la plupart d'entre elles ont une connotation négative.

Le document de synthèse de la table ronde organisée par l'OCDE en 1998 sur les rapports entre autorités de concurrence et les autorités de régulation, recense cinq tâches à répartir entre les deux instances : 1) la protection de la concurrence sur les secteurs en cause (il s'agit de combattre les agissements concurrentiels et d'examiner les fusions) ; 2) la réglementation de l'accès (notamment aux infrastructures essentielles) ; 3) la réglementation économique (adoption des mesures de contrôle sur les prix de monopole) ; 4) la réglementation technique²⁹⁴ ; 5) la révision périodique de l'ampleur et le degré de position de force sur le marché qui subsiste lorsque la concurrence est instaurée, afin de recommander le maintien éventuel d'une réglementation spécifique sur le secteur concerné. Un consensus se dégage rapidement à propos de la réglementation technique. Cette fonction est normalement dévolue à une instance sectorielle, indépendante ou appartenant organiquement en tant que chambre spécialisée à l'autorité nationale de la concurrence.

Hormis leurs fonctions distinctes, nombreux sont les éléments qui séparent la régulation verticale et la régulation horizontale du droit commun, au niveau de leur *modus operandi*. Conditions d'intervention, temps d'intervention, niveau de preuve exigé, aspects procéduraux, instruments, champ d'application, envergure, forme et nature des mesures imposées : l'inventaire des divergences semble inépuisable. Quoique la réalité soit plus nuancée, force est de constater que la régulation sectorielle intervient d'une façon plus directe dans la constitution et l'organisation du marché, ce qui affecte son contenu, ainsi que la nature et la forme de ses instruments : les règles sectorielles sont beaucoup plus détaillées que celles du droit de la concurrence et sont souvent appliquées d'une manière plus générale, moins dépendante des cas individuels²⁹⁵.

²⁹⁴ OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*. Document de travail, 1999. Disponible sur www.oecd.com. Le document entend par le vocable de la réglementation technique, l'élaboration des normes et la surveillance de leur application, tout en veillant à leur conciliation avec les objectifs de respect de la vie privée, de sécurité et de protection de l'environnement. Page.55

²⁹⁵ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 38.

De surcroît, la régulation sectorielle peut donner naissance à de nouvelles obligations légales destinées aux acteurs du marché avec des précisions détaillées sur leur contenu, un exemple topique étant le prix d'accès à une infrastructure. Elle concerne à cet égard plus particulièrement le fonctionnement des entreprises. Les implications procédurales de sa démarche ne sont pas néfastes : au contraire du droit de la concurrence, qui accorde aux autorités compétentes le pouvoir de mettre un terme aux comportements illégaux, la régulation sectorielle lui permet d'altérer une situation parfaitement légale, pour atteindre ou promouvoir ses objectifs de nature économique ou sociale²⁹⁶. La régulation sectorielle intervient notamment *ex ante*. L'horizon temporel de l'analyse dans le cadre de la régulation sectorielle est dès lors nécessairement plus éloigné.

A l'inverse, l'application du droit de la concurrence est conditionnée par la qualification des pratiques anticoncurrentielles. « *Les exigences au niveau de preuve sont par conséquent renforcées, car les constatations d'une entente ou d'un abus de position dominante requièrent des analyses minutieuses, parfois très controversées. En plus, le déclenchement du droit de la concurrence reste soumis à une plainte ou une détection de comportement prima facie nocive pour l'équilibre concurrentiel, une réalité qui l'immobilise face aux configurations des marchés imparfaitement concurrentiels, mais toujours pas entachés d'une pratique suspecte* »²⁹⁷.

Bien qu'elle compte sur les compétences techniques de la régulation ainsi que de la police concurrentielle *ex post*, l'autorité costaricienne de régulation des télécommunications (SUTEL) ne dispose pas d'une culture propre d'un contrôleur de la concurrence. Il suffit de se référer aux réactions de l'ancien président de la SUTEL, M. George Miley à l'encontre d'un accord des prix finaux entre l'ICE (opérateur historique) et l'entreprise TELEFONICA, consigné expressément pour le contrat d'interconnexion négocié entre les entreprises et soumis à l'approbation de la SUTEL. Selon Miley, il fallait tout simplement éliminer les accords des prix finaux des contrats car « *ce n'est pas dans un contrat de gros où peuvent se consigner ces accords* ». Mais, d'après

²⁹⁶ TEMPLE LANG (J.), *European competition policy and regulation : Differences, overlaps and constraints*, discours prononcé dans le cadre de la 3^{ème} conférence internationale en droit anti-trust, organisée par l'Ecole des mines de Paris et l'Université of California at Berkeley, à Paris, le 12-13 janv. 2006, téléchargeable sur le site de CERNA, www.cerna.ensmp.fr/cerna_regulation/Prog/PastEvents.html, p.13. Sur : GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 38

²⁹⁷ IDEM.

l'ancien Président, où faut-il consigner ces accords concernant les prix finaux ? A son avis, il n'était pas opportun d'analyser une possible entente, la priorité étant de réviser les clauses du contrat d'interconnexion des réseaux concernés. « *Si cela constitue ou non une pratique anticoncurrentielle, nous le verrons au fur et à mesure de l'application postérieure d'une régulation de la concurrence* ». Il considère, dans cet entretien, que les entreprises étaient focalisées sur la recherche d'accords de bonne foi. Bien évidemment, l'avocat de *Telefonica*, Maître Claudio Donato –ancien Président de la COPROCOM-, était satisfait des déclarations de Miley. Il savait bien que l'accord était interdit et que son entreprise avait échappé une sanction importante²⁹⁸.

Cette affaire met en évidence l'absence d'un « esprit » de contrôle des comportements anticoncurrentiels. Selon l'article 53 de la LGT, cet accord est absolument anticoncurrentiel et devrait être sanctionné à l'aide de l'article 68. Ceci aurait été la position de la COPROCOM sans aucun doute. Or, la COPROCOM, en tant qu'organe de consultation dans les procédures des pratiques anticoncurrentielles, ne peut pas dénoncer des comportements anticoncurrentiels. La SUTEL est non seulement la seule à appliquer les outils de régulation *ex ante* propres à une autorité nationale de régulation, mais aussi la seule qui dispose de la faculté d'initier d'office une enquête (auto saisine). La COPROCOM de son côté reste en marge de la course, et doit se conformer une fois de plus, à l'avis technique de l'article 55 de la LGT et aux procédures concernant les pratiques anticoncurrentielles ou les opérations de concentration. Il est par conséquent très important qu'il y ait une coordination entre les deux autorités, afin que le régulateur puisse profiter de l'expérience et du pouvoir de contrôle de l'autorité de concurrence.

Section 2.- La coordination lors de la définition des mécanismes d'adjudication des licences pour l'exploitation du spectre radioélectrique : le *Beauty Contest* face à l'enchère.

L'article 55 de la Loi générale des Télécommunications oblige la SUTEL à demander l'avis technique à la COPROCOM dans les procédures des pratiques anticoncurrentielles et lors

²⁹⁸ La Nación. Lundi 2 septembre 2011. San José, Costa Rica. En ligne: <http://www.nacion.com/2011-09-02/ElPais/Sutel-impide-a-telefonica---y-al-ice-acordar-tarifas-en-contrato.aspx>

d'autorisations préalables des opérations de concentration. En comparaison, l'autorité française de la concurrence peut être saisie facultativement par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) pour avis de l'Autorité sur toute question de concurrence. Après l'examen de la situation concurrentielle du marché concerné, l'Autorité de la concurrence propose toute mesure utile au renforcement de la concurrence.

Précisément, au Costa Rica, il serait souhaitable que les compétences consultatives soient développées dans d'autres affaires, distinctes des études de pratiques anticoncurrentielles et des autorisations de concentrations. Les autorités politiques et l'autorité de régulation en charge de mener les études et les procédures d'adjudication des concessions pour l'exploitation du spectre radioélectrique, auraient pu consulter la COPROCOM, avant de définir les mécanismes d'adjudication.

En 2010, à la demande du Ministère de l'Environnement, de l'Energie et des Télécommunications (MINAET), la SUTEL a lancé la procédure d'appel d'offres pour l'adjudication de bandes de fréquences pour trois nouveaux opérateurs de la téléphonie mobile. La COPROCOM n'a pas été consultée sur la convenance de lancer d'abord un concours pour l'accès des trois nouveaux opérateurs sur le marché et, pas plus, sur la convenance, du point de vue de la promotion de la concurrence, de tel ou tel mécanisme de concours pour l'adjudication du spectre. C'est seulement après plusieurs observations de tiers qui ont participé à l'audience publique au sujet du cahier des charges de l'appel d'offres, que la SUTEL a dû faire une étude de la structure et des besoins du marché (évaluation du marché, nombre de nouveaux opérateurs, gradualité des concours et concessions, convenance des mécanismes de concours). L'étude reste vague au sujet de plusieurs éléments sensibles et il semble qu'elle a été développée sur la base d'une conclusion déjà établie : la nécessité impérative de justifier la conception originelle des autorités : un concours pour donner accès au marché à trois nouveaux concessionnaires simultanément.

Le Vice-ministère des Télécommunications et la SUTEL ont débattu pendant plusieurs mois sur le mécanisme qu'il fallait mettre en place pour l'assignation du spectre aux trois nouveaux concurrents sur le marché mobile. Le Vice-ministère défendait l'option du « *Beauty Contest* » où

l'autorité évalue les offres selon certains critères d'investissements, et surtout, selon les besoins et priorités définies par l'Etat. Cette procédure a été majoritairement utilisée dans des pays de l'Union Européenne. Les offrants prennent des engagements d'investissement en infrastructure et technologie, ceux-ci étant les principaux critères d'évaluation, et non le prix de l'offre évalué sur l'enchère publique. L'adjudicataire sera le mieux placé pour l'accomplissement des engagements spécifiques offerts et requis par le cahier des charges de l'appel d'offres. Dans certains cas, les licences sont octroyées aux offrants qui feront le meilleur usage des ressources limitées associés aux propriétaires de licences d'exploitation. Par exemple, en Islande, l'évaluation s'est centrée sur l'offrant qui pouvait développer son réseau le plus rapidement possible et offrir ses services au plus grand nombre de personnes. Au Chili, le critère était celui de la plus grande couverture en le moins de temps possible. Ceci a permis que les opérateurs fournissent leurs services non seulement dans les zones économiquement rentables, mais aussi dans d'autres régions du pays. Dans le cas du Chili, ce concours a eu un grand impact sur le taux de pénétration de la téléphonie mobile. En juin 2004, il y en avait 8.3 millions, c'est-à-dire, une croissance de près de 20% par rapport à 2003²⁹⁹. Aujourd'hui, le Chili compte plus de 21.4 millions d'utilisateurs³⁰⁰. Dans d'autres cas, l'évaluation de base se fait d'après des critères liés à la capacité technique, l'expérience et l'efficacité des offrants.

La SUTEL défendait initialement l'enchère publique. En général, un seul critère est retenu : l'offre économique. Le modèle le plus fréquent d'enchère est celui qui mesure les montants offerts par les concurrents. Or, il peut aussi y avoir des enchères sur la base d'indicateurs financiers mesurables. Les enchères peuvent être ouvertes, suivant le style anglais³⁰¹ ou hollandais³⁰², ou bien fermées. Aux Etats-Unis, le modèle d'enchère est le même pour tout le spectre. Des rondes successives sont organisées par la *Federal Communications Commission*

²⁹⁹Sur l'expérience chilienne voir: DOMPER, Maria. *Como Asignar recursos escasos en frecuencias de espectro radioeléctrico. Serie Informe Económico N° 164*. Décembre 2005.

³⁰⁰Les données statistiques chiliennes sont en ligne sur le site:http://www.subtel.gob.cl/prontus_subtel/site/artic/20070212/pags/20070212182348.html#T1

³⁰¹ L'enchère de style anglais se base sur le prix ascendant et les postures se font verbalement. Les stratégies des participants va dépendre de l'évaluation propre et des offres faites par leurs concurrents. L'enchère anglaise suivie entre mars et avril 2000 était l'une des procédures les plus importantes vu le succès économique, estimé à 39 milliards d'euros. Sur: DOMPER, Maria. *Como Asignar recursos escasos en frecuencias de espectro radioeléctrico. Serie Informe Económico N° 164*. Décembre 2005.

³⁰² Le style hollandais à l'inverse, se base sur le prix descendant. Les offres se font sur base d'un seuil initial et commencent à diminuer jusqu'à ce qu'un offrant décide de s'adjuger les fréquences. Egalement, la stratégie va dépendre de l'évaluation propre et des pronostics par rapport aux offres des concurrents.

(FCC). La procédure permet l'obtention des évaluations privées de chaque participant. En 2009, des représentants de la FCC ont présenté à San José les mécanismes utilisés aux Etats-Unis afin de convaincre les autorités du bien-fondé de cette procédure.

Les défenseurs des enchères publiques indiquent qu'une enchère bien conçue doit attribuer les ressources à celui qui les valorise le plus. Mais ces défenseurs sont conscients de la difficulté qu'il y a à spécifier et à évaluer les critères dans un processus de concours public, ce qui provoque parfois des controverses politiques et légales. L'enchère doit aussi permettre d'augmenter les revenus fiscaux. Or, ceux qui critiquent l'enchère pure, argumentent que ces mécanismes provoquent une augmentation des prix au consommateur et réduisent les investissements dans le secteur des télécommunications³⁰³. Selon M. Rivera Ibarra, la sélection d'un modèle déterminé de concours de concession pour le spectre va affecter directement les prix initiaux. Par le biais d'un mécanisme de comparaison, il existe une tendance à minimiser la pression financière à court terme, en facilitant la mise en place de prix plus accessibles³⁰⁴. La discussion est intéressante notamment dû au fait que les changements technologiques expérimentés dans l'industrie des télécommunications posent le défi de bien définir la stratégie publique afin d'aboutir à promouvoir un environnement concurrentiel en benoît des usagers des services.

Le Costa Rica s'est finalement décidé pour un mécanisme mixte. D'abord, une présélection sur la base des critères plutôt similaires aux procédures du *Beauty Contest* (promesses de couverture, qualité des réseaux et capacité de développer un réseau dans un délai maximum de cinq ans³⁰⁵), et ensuite, une enchère fermée. L'expérience est très similaire à celle vécue au Canada, entre 2007 et 2008. L'enchère menée par les autorités canadiennes a obligé les opérateurs intéressés à démontrer des compétences et capacités indispensables pour participer, selon certains critères

³⁰³ DOMPER, Maria. *Como Asignar recursos escasos en frecuencias de espectro radioeléctrico. Serie Informe Económico N° 164*. Décembre 2005.

³⁰⁴ RIVERA IBARRA, J. *Estudio preliminar: notas sobre las implicaciones económicas a partir de los concursos de concesión de bandas del espectro radioeléctrico. Vice Ministerio de Telecomunicaciones*. Novembre 2010.

³⁰⁵ Parmi les paramètres minimums de participation (première étape d'analyse), le cartel a établi les critères suivants : Accréditer un minimum de 1.5 millions de clients mobiles au monde ; compter sur au moins 5 ans d'expérience dans un autre pays ; avoir développé récemment un nouveau système technologique ; disposer des revenus minimums de \$450 millions annuels correspondants à l'opération des services mobiles.

choisis par les autorités canadiennes³⁰⁶. Une fois définis les opérateurs éligibles, le Canada a incorporé le mécanisme de l'enchère comme alternative pour l'adjudication du spectre. Si l'élément central pour l'adjudication a été le montant offert, le Canada³⁰⁷ a établi une première étape de présélection des offrants, tel que celle développée également à Singapour³⁰⁸.

L'évidence internationale montre une tendance à l'utilisation d'enchères sur la base d'une offre économique en faveur de l'Etat. Or, ceci va dépendre de l'intérêt et de l'objectif poursuivi par l'Etat. Généralement, il y a un nombre réduit de participants. Ce sont des situations de monopole bilatéral et son résultat reste indéterminé car il dépend du pouvoir de négociation de chaque partie. Dans ces procédures, il existe une forte asymétrie d'information, car l'Etat ne connaît pas les évaluations des opérateurs intéressés³⁰⁹. Ceci justifie l'intégration des différents organes publics et la coordination entre les autorités de régulation et celle de concurrence. C'est l'Etat qui doit définir sa stratégie selon ses propres intérêts. Pour cela, il faut absolument compter sur l'avis et les recommandations des organes spécialisés, ce qui est le cas spécifique de l'autorité nationale de la concurrence. La coordination est alors un sujet impératif. L'expérience internationale montre que selon les objectifs poursuivis par l'Etat, les concours peuvent garantir d'une manière ou l'autre les résultats attendus par les autorités. C'est bien une affaire de stratégie publique, non seulement des autorités politiques mais aussi de l'autorité de régulation sectorielle. Il faut aussi tenir compte de l'autorité nationale de la concurrence.

Dans le cas du concours lancé au Costa Rica en 2010 et conclu en août 2011, il fallait absolument considérer la structure du marché. La SUTEL n'était pas sûre des capacités et besoins du marché. Un concours pour trois nouveaux opérateurs a fini par n'en retenir que deux. Est-ce que l'absence d'études préliminaires et de recommandations de l'autorité spécialisée en concurrence a pu affecter le processus d'ouverture de la téléphonie mobile ? Il est vrai que certaines conditions nécessaires pour définir le plan commercial des entreprises intéressées n'étaient pas claires. La

³⁰⁶ A titre d'exemple, la Section 10 (2) des Réglementations des Télécommunications établit par exemple la condition du contrôle canadien du capital actionnaire.

³⁰⁷ *Vice ministerio de las Telecomunicaciones. Estudio preliminar para el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. El caso de Canadá. "Auction of spectrum licences for Advanced Wireless Services (AWS) and other spectrum in the 2GHz range (2007-2008)".* Mai 2009.

³⁰⁸ *Auction of Public Cellular Mobile Telecommunications Services spectrum Rights. (PCMTS). IDA. Singapore.* 2008.

³⁰⁹ DOMPER, Maria. *Cómo asignar recursos escasos en frecuencias de espectro radioeléctrico. Serie Informe Económico N° 164.* Décembre 2005.

Contraloría General de la República (entité nationale de contrôle public) avait prévenu la SUTEL de la nécessité de mettre à disposition des offrants le détail des localisations et disponibilités des liaisons hertziennes ainsi que les conditions d'interconnexion avec le réseau de l'opérateur public (Offre d'Interconnexion par Référence). Or, il semble que certains aspects concernant les mécanismes d'adjudication et le nombre de concessions en concours aient été mal désignés par les autorités³¹⁰. A titre d'exemple régional, dans le cas du Chili, les études préliminaires ont permis de mettre en évidence les atouts de la procédure menée. Loin d'appliquer l'enchère publique, le Chili a parié sur un mécanisme dont le gagnant était celui qui aurait garanti la plus grande couverture dans le moins de temps possible. Les résultats ont été surprenants. La pénétration mobile a augmenté considérablement en favorisant les consommateurs³¹¹.

La réalité du marché du mobile, quelques mois après l'ouverture effective du marché, est que l'entrée des nouveaux concurrents n'a pas créé la dynamique attendue. C'est ce qui a été constaté par les représentants des nouveaux opérateurs et du Groupe ICE³¹². La réponse timide des consommateurs découle, en quelque sorte, du fait que les conditions et prix offerts par les trois opérateurs sont très similaires. Contrairement à d'autres nations, au Costa Rica, les tarifs sont régularisés par la SUTEL. Ceci limite la marge de manœuvre pour concurrencer par le prix. En plus, les nouveaux concurrents ne possèdent pas encore un réseau de couverture nationale. Ils comptent sur cinq ans pour développer leur réseau sur tout le territoire national. Or, pendant les premiers mois de son lancement, ils vont être désavantagés par rapport à l'opérateur historique. Selon Jaime Palermo, gérant de l'ICE, ce facteur a sans doute influé sur le fait que les ventes des

³¹⁰ Les concessions ont été finalement adjudiquées aux entreprises « *Empresas Azules y Platas S.A.* » (Telefonica d'Espagne) qui a offert \$95 millions de dollars et *Empresa Claro CR Telecomunicaciones S.A.* (Claro filiale du géant mexicain *América Movil*) avec une offre de \$75 millions. Elles étaient les seules à présenter une offre formelle, malgré l'intérêt exprès d'autres multinationales comme *Millicom*, *Digicel*, *Cable and Wireless* et encore France Télécom à travers sa marque distinctive des services mobiles, *Orange*. Pour plus d'information sur l'adjudication au concours de 2010, voir le site: <http://www.Sutel.go.cr/Ver/Contenido/proceso-apertura-celular/99>

³¹¹ DOMPER, Maria. *Como Asignar recursos escasos en frecuencias de espectro radioeléctrico. Serie Informe Económico N° 164*. Décembre 2005. Les résultats de l'expérience chilienne sont aussi constatés par la firme belge Cullen International.

³¹² Chambre d'Info communications du Costa Rica. *Apertura celular aún no agita competencia en mercado tico. Diciembre 2011. En ligne*
sur: <http://www.infocom.cr/downloads/docs/Documentos%20para%20consulta/Apertura%20celular%20aún%20no%20agita%20competencia%20en%20mercado%20tico%2030-12-2011.pdf>

nouveaux concurrents n'aient pas le succès espéré³¹³. Ces problèmes auraient pu être prévus. Certaines sauvegardes auraient facilité l'entrée sur le marché des nouveaux concurrents. Concrètement, la SUTEL aurait dû forcer le Groupe ICE à prester le service de *roaming* national aux nouveaux concessionnaires, afin que ces derniers soient en mesure d'offrir une couverture globale sur le territoire nationale, au lieu d'être limités à la région métropolitaine.

La COPROCOM aurait dû être consultée au sujet de certaines recommandations et sauvegardes nécessaires pour faciliter la transition du monopole à la concurrence. Il s'agit de deux instruments vitaux qui doivent être mentionnés : d'une part, l'implémentation de la portabilité numérique, et d'autre part, comme déjà mentionné, l'obligation pour l'opérateur historique de fournir le service de *roaming* national (bien évidemment sur la base des prix régularisés) afin que la couverture du service des nouveaux entrants ne soit pas une barrière (du fait qu'ils prennent plusieurs mois pour développer leurs réseaux sur l'ensemble du territoire national), et que les usagers puissent élire leur opérateur sur la base des prix et de la qualité des services.

Il faudrait ajouter le sujet de l'assignation de la ressource numérique aux nouveaux concurrents. La SUTEL –contrairement à la pratique internationale et sans aucune raison logique-, a assigné à chaque nouveau concessionnaire un numéro commençant par un chiffre absolument différent de ceux connus auparavant pour la téléphonie mobile³¹⁴. Cette étrange disposition a suscité une certaine confusion parmi les usagers des services, et peut aussi représenter un nouvel obstacle pour la mobilité des usagers entre les différents opérateurs du marché, problème particulièrement renforcé par l'absence de la portabilité numérique. Celle-ci était déjà prévue par le Vice-Ministère des Télécommunications depuis 2010. Or, la SUTEL, jalouse de ses prérogatives, a renvoyé aux archives le projet de règlement de portabilité numérique développé par le Vice-Ministère. En fait, ce n'est qu'à partir de janvier 2012 que le Conseil Directoire de la SUTEL a

³¹³ IDEM.

³¹⁴ La SUTEL a émis la Résolution RCS-412-2010 qui contient des dispositions, à notre avis contraires aux normes établies dans le Plan National de Numération (PNN) (Décret du Ministère de l'Environnement, l'Energie et Télécommunications N° 35187 publié le 4 mai 2009). Par exemple, l'élimination des numéros spéciaux à trois chiffres. Concernant la téléphonie mobile, le Vice-Ministère avait publié le plan de numération, réservant les préfixes 6, 7, 8 et 9 pour les services mobiles. Or, l'idée était d'attribuer d'abord le 8 –déjà utilisé en partie par l'ICE. La SUTEL a finalement assigné le préfixe 6 à l'entreprise *Telefónica*, le préfixe 7 à l'entreprise *Claro* et le préfixe 5 aux opérateurs virtuels (*Tuyo Movil* et *Full Movil*). C'est contraire à une correcte administration de la ressource numérique en tant que ressource rare stipulée par la Loi. En plus, la SUTEL n'a pas évalué l'impact de cette assignation sur le choix des consommateurs et le fait que cette disposition était contraire à l'esprit du PNN.

annoncé le début des travaux pour aboutir à la portabilité en 2013, sur les mêmes bases de l'ébauche de projet mise à la disposition par le Vice-Ministère deux ans auparavant. L'expérience vécue montre à présent qu'il existe une jalousie institutionnelle particulière. On a déjà commenté les problèmes de coordination entre le Vice-Ministère des Télécommunications et l'autorité de régulation. Or, sur le plan de la promotion de la concurrence, le Recteur (MINAET – Vice-Ministère des Télécommunications) et notamment la SUTEL auraient dû consulter la COPROCOM, en tant qu'organe plus spécialisé et expérimenté dans les affaires de promotion de la concurrence. Très probablement, les problèmes qui ont surgi lors des premiers mois d'ouverture effective, auraient pu être évités.

Section 3.- L'intérêt du rapport de la COPROCOM lors de la procédure en matière des pratiques anticoncurrentielles et d'analyse préliminaire des concentrations.

L'article 55 de la Loi Générale des Télécommunications a établi la consultation obligatoire de la SUTEL à la COPROCOM lors des procédures (d'office ou suite à une plainte) de sanction des pratiques anticoncurrentielles sur le marché des télécommunications. La consultation existe aussi dans les procédures de notification préalable des opérations de concentration. Or, l'avis de la COPROCOM ne sera pas contraignant. Le Conseil de la SUTEL peut se distancier de l'opinion de la COPROCOM par un vote de majorité (2 votes sur 3 possibles). Une première question demeure en ce qui concerne le dessein véritable du législateur. Selon les actes législatifs, le modèle institutionnel répondait à la nécessité de revendiquer l'expérience technique de la COPROCOM. En principe, ils sont reconnaissants de l'expérience et de la trajectoire de l'autorité nationale de la concurrence, indépendamment de son bilan historique. D'après les législateurs, l'intérêt était de renforcer le contenu et la discussion technico-juridique dans l'analyse des procédures de concurrence. Or, il semble que l'absence de caractère mandataire de l'avis de la COPROCOM, confère, au contraire, un intérêt secondaire au critère de l'autorité de la concurrence. Ceci répond peut être à une stratégie politique pour atténuer les critiques émises par la COPROCOM lors de l'étude du projet de loi des télécommunications en Commission à l'Assemblée Législative.

Dans la pratique, et vu les premières expériences, ce critère retenu par la COPROCOM est de plus en plus important. La SUTEL émet des signaux très dangereux pour le marché. Des résolutions étranges et parfois même absurdes font preuve de l'absence d'expertise et d'expérience dans les thèmes de concurrence. Des cas de refus d'accès au marché sont poursuivis depuis plusieurs mois –voire plusieurs années–, comme de simples sujets d'accès et non comme une pratique anticoncurrentielle³¹⁵ ; ou bien des accords exprès entre opérateurs concurrents sur la définition des prix finaux aux consommateurs ont été négligés et n'ont pas été sanctionnés³¹⁶.

La rédaction de l'article 55 de la LGT laisse supposer qu'il doit y avoir deux consultations du régulateur à l'autorité de la concurrence. L'une, d'abord, pour définir la pertinence d'une plainte, l'autre, ensuite, dès que toute la procédure a été menée avant la résolution finale. Selon Maîtres Sittenfeld et Thompson, la double consultation devenait absurde. A son avis, il fallait éliminer la première consultation concernant la pertinence ou pas de la plainte ou de la procédure en cours³¹⁷. C'est ainsi que lors de la rédaction du Règlement du Régime de concurrence sectorielle, ses rédacteurs ont cherché à interpréter réglementairement que l'article 55 de la LGT faisait en réalité uniquement référence à la consultation sur le fond de l'affaire et non sur sa pertinence. D'après l'article 32 du règlement, la SUTEL doit renvoyer l'affaire à la COPROCOM une fois l'audience conclue et la preuve évacuée. Or, malgré la rédaction du règlement, la SUTEL et la COPROCOM ont interprété la loi littéralement. La COPROCOM sera consultée deux fois, aussi longtemps qu'une affaire soit admissible.

Les premières expériences semblent montrer que la double consultation est non seulement nécessaire, mais indispensable. Il est vrai que la SUTEL a eu des problèmes pour compter sur les

³¹⁵ Entre 2008 et 2011, la SUTEL compte au moins trois plaintes des opérateurs visant à ce que l'autorité de régulation ordonne l'accès aux installations essentielles des opérateurs propriétaires des réseaux. Malgré l'expérience de la COPROCOM dans la résolution d'affaires similaires (Affaires : *Coopesca vs CableTica / ESPH vs Cablevision*), la SUTEL n'a encore résolu aucune affaire et cherche depuis quelques mois à les résoudre par le biais d'accords d'accès, sans qu'il y ait de sanction, en raison du refus évident de vente qui est ouvertement discriminatoire. Quelques affaires en cours : *Cablevision / CoopeSantos*.

³¹⁶ La Nación. *Sutel impide a Telefónica y al ICE acordar tarifas en contrato*. Lundi 2 septembre 2011. San José, Costa Rica. En ligne: <http://www.nacion.com/2011-09-02/ElPais/Sutel-impide-a-telefonica---y-al-ice-acordar-tarifas-en-contrato.aspx>

³¹⁷ SITTEFELD, Pamela et THOMPSON, Allan. Discussion au cours de la commission de rédaction du Règlement du Régime de la concurrence sectorielle. Septembre 2008.

ressources humaines nécessaires pour répondre aux défis de diriger les procédures³¹⁸. Or, dans ce cas-là, la position la plus prudente du côté du régulateur, aurait été d'accepter ses limitations et de concilier ses positions avec les critères émis par la COPROCOM. Pourtant, récemment dans l'affaire TELEFONICA contre ICE concernant une affaire d'une potentielle prédation de prix, la COPROCOM avait recommandé l'ouverture d'une procédure administrative pour déterminer la responsabilité de l'opérateur historique, ICE³¹⁹. La SUTEL devait alors initier la procédure et notifier l'ICE. Cependant, l'autorité de régulation a décidé d'initier une enquête préliminaire au sujet des prix des différents opérateurs, y compris ceux qui n'ont rien à voir dans l'affaire dénoncée par l'entreprise TELEFONICA³²⁰. La décision de la SUTEL n'a pas attendu l'avis technique de la COPROCOM. Or, on ne suit pas non plus le raisonnement selon lequel l'autorité de régulation s'est séparée de la recommandation de la COPROCOM, tel que l'exige l'article 55 de la Loi Générale des Télécommunications.

Dans la même affaire, et dans sa résolution concernant les mesures conservatoires, la SUTEL a même averti l'ICE que l'entreprise ne devait pas opérer en-deçà des coûts et que l'opérateur devait s'abstenir de mettre en place des promotions qui pourraient avoir un effet anticoncurrentiel³²¹. Ce « commentaire » n'est absolument pas du ressort de la compétence d'une autorité administrative chargée de sanctionner les comportements anticoncurrentiels. En premier lieu, la résolution sur l'applicabilité des mesures conservatoires ne constituait pas une occasion adéquate de lancer des « avertissements » à l'opérateur dominant. Deuxièmement, la COPROCOM avait justement recommandé à la SUTEL l'ouverture d'une procédure administrative du fait des indices de la possible commission d'une pratique anticoncurrentielle. Or, la SUTEL a réagi selon sa propre volonté –ou ignorance-, mais en tout cas, contrairement aux dispositions de l'article 55 de la LGT.

³¹⁸ GUTIERREZ, Carlos Raul. Président du Conseil Directoire de la SUTEL. Entretien du 2 mai 2001. Selon M. Gutiérrez, la SUTEL a pris beaucoup de temps pour arriver à occuper les places. D'abord en raison des problèmes administratifs et financiers. Ensuite, du fait qu'il n'était pas facile de trouver des personnes habilitées en matière de droit de la concurrence et d'analyse des marchés concurrentiels. A son avis, il était très important de maintenir une excellente relation avec la COPROCOM, précisément pour compter sur l'expérience de cet organe.

³¹⁹ *Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM). Opinión OP-02-12 de las 19 horas 45 minutos del diecisiete de enero de dos mil doce. San José, Costa Rica.*

³²⁰ *Superintendencia de las Telecomunicaciones (SUTEL). Expediente: SUTEL-OT-212-2011.*

³²¹ *Superintendencia de las Telecomunicaciones (SUTEL) Resolución RSC-101-2012 del 23 de marzo 2012.*

L'autorité française de la concurrence dispose de la faculté de rendre des avis de sa propre initiative sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations générales sur un marché ou un secteur particulier, sans qu'elle ait besoin d'être saisie. Elle peut faire valoir son point de vue chaque fois qu'elle l'estime nécessaire, par exemple pour proposer des pistes de réflexion, pour faire le bilan concurrentiel de textes en vigueur, pour enrichir la préparation de textes réglementaires ou législatifs ou encore pour recommander la prise de mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel de certains marchés. Cette faculté est fondamentale dans la mesure où elle permet à l'Autorité de se faire « l'avocat de la concurrence » auprès des acteurs publics et des décideurs économiques, et d'exercer un rôle de conseil et d'alerte, bien en amont de la mission répressive qui est aussi la sienne. Il existe déjà des cas où la COPROCOM au Costa Rica aurait bien pu alerter la SUTEL au sujet de certains comportements sur le marché des télécommunications. Toutefois, il semble qu'en vertu de l'article 55 de la LGT, elle doit s'en abstenir du fait qu'en fin de compte elle devrait seulement rendre un avis et ne peut émettre une opinion préalablement au déroulement de la procédure de la LGT.

« Etant donné que l'objectif de l'ouverture des marchés à la concurrence est plus ou moins atteint, l'enjeu principal de la régulation économique sectorielle dans les secteurs des communications se déplace de l'introduction à la concurrence, à l'introduction *durable* de la concurrence »³²². Les premières réponses de la SUTEL face au défi du contrôle de la concurrence sectorielle font penser à l'urgence d'une révision du modèle et à la redistribution des compétences institutionnelles. Vu les fonctions à répartir entre les deux catégories d'autorités et les avantages comparatifs de chacune, il convient de chercher la division appropriée du travail, en prenant en considération premièrement les aspects stratégiques du choix et deuxièmement la perspective plus dynamique de la transition des secteurs des télécommunications, plus concrètement, vers le développement des structures concurrentielles sur le marché.

³²² En cesens, GREWE (D.), INOTAI (A.), *Regulation of electronic communications – time for a review? CPN n°1 2006*, p.33. « *In this case intervention is not any more about promoting effective competition but making sure it is sustainable* ». Sur GALANIS, Theodoros. *IBID*.P. 36.

TITRE 2. / LES PREMIÈRES EXPÉRIENCES RÉGULATRICES SIGNALENT L'URGENCE D'UNE RÉVISION INTÉGRALE DU RÉGIME SECTORIEL DE CONCURRENCE

C'est bientôt le cinquième anniversaire de la promulgation de la Loi Générale des Télécommunications en juin 2008. Le Conseil de la SUTEL a initié ses fonctions le 26 janvier 2009. Le temps écoulé paraît suffisant pour établir une analyse des expériences vécues et du chemin parcouru par les institutions publiques, en particulier l'autorité de régulation, dans la promotion de la concurrence sectorielle. D'abord, il faut réviser le processus de configuration des entités publiques à partir de la promulgation des Lois 8642 (Loi Générale des Télécommunications) et 8660 (Loi de renforcement des entités publiques du secteur des télécommunications) et son effet sur la promotion de la concurrence sectorielle.

L'autorité de régulation est encore –plus de trois ans après-, toujours en train de conformer son équipe de professionnels en économie et en droit, qui, en définitive, devrait être capable de mener les enquêtes et procédures de concurrence. Plusieurs plaintes au sujet de pratiques anticoncurrentielles ont été introduites auprès de l'autorité de régulation. Toutefois, aucune d'elles n'est sur le point d'être résolue. Avec toute certitude, on peut affirmer que la SUTEL est dépourvue de professionnels experts en droit de la concurrence et ce processus de recherche du personnel³²³ et de formation a déjà pris beaucoup de temps et risque de mettre en doute la capacité du régulateur. Par conséquent, le régime sectoriel prévu par le législateur se révèle inefficace, ce qui est contraire à l'objectif recherché d'assurer le contrôle de la concurrence, particulièrement au cours de la transition, suivant ce que l'on a déjà analysé.

A l'opposé du processus suivi par la SUTEL, le Vice-Ministère des Télécommunications a très rapidement réussi à élaborer sa structure de travail. Depuis 2009, cette entité compte sur une importante quantité des fonctionnaires. On peut même se demander si cet organigramme est vraiment nécessaire. Or, il est vrai que le Vice-Ministère a réussi à établir les politiques de

³²³ L'actuel Président du Conseil de la SUTEL–M. Carlos Raul Gutiérrez-, avait déjà averti au sujet des difficultés de trouver les ressources professionnelles adéquates pour aboutir à l'accomplissement de toutes les fonctions rendues à la SUTEL par le législateur, particulièrement en matière de droit de la concurrence. Il avait aussi justifié le retard dans l'engagement des professionnels dû aux problèmes liés à l'implémentation du canon de régulation. GUTIERREZ, Carlos Raul, Président du Conseil Directoire de la SUTEL - entretien du 2 mai 2011.

promotion de la concurrence sur le plan macro. Le Plan National de Développement des Télécommunications (PNDT) a aussi été rapidement développé et son contenu inclut une politique d'ouverture sur la base de la promotion d'un environnement concurrentiel. La seule critique à signaler est peut-être l'absence d'un travail plus proche de l'autorité de la concurrence (COPROCOM), ainsi que la formation de politiques sur la base des expériences vécues par cette autorité.

Selon l'ancienne Présidente du Conseil de la SUTEL, Mme. Maryleana Méndez, le principal atout de la gestion de la SUTEL est la direction du processus par lequel l'Etat a finalement adjudiqué des fréquences du spectre à deux nouveaux opérateurs mobiles³²⁴. On a déjà mis en perspective les atouts de l'adjudication du concours des fréquences mobiles. Sur cinq multinationales intéressées pour trois segments de fréquences, seulement deux ont participé³²⁵. En plus, il semble que les efforts ont été insuffisants pour promouvoir la concurrence dans d'autres services (câblo-opérateurs, accès à l'Internet, services VoIP, etc.). Le marché reste encore partiellement distribué selon les zones géographiques, cas particulier des câblo-opérateurs. De nouveaux prestataires de services sont encore confrontés à plusieurs barrières d'accès au marché. La récente introduction de technologies et de nouveaux services (offres « *Triple Play* » par exemple)³²⁶ est le résultat de la libéralisation des services et pas nécessairement de l'action de l'autorité de régulation.

Selon Mme. Méndez, l'accomplissement du régime sectoriel de concurrence est un défi pour l'autorité en 2012³²⁷. Néanmoins, bien qu'il s'agisse de situations liées, le retard et la passivité du régulateur face à l'application de la norme de concurrence sectorielle n'est pas exclusivement le résultat de limitations en ressources humaines. Il existe plusieurs décisions et omissions de la part

³²⁴ MENDEZ JIMENEZ, Maryleana. *Informe de Labores. Tres años de Gestión Pública. Superintendencia de Telecomunicaciones*. 2009. P. 3. En ligne sur : <http://www.Sutel.go.cr/Ver/Contenido/informe-fin-gestion-maryleana-mendez/207>

³²⁵ Dans le même sens : ARCE, Gilberto. *Cuatro años de apertura en telecomunicaciones. Sección opinión. La Nación*. 4 juillet 2012. En ligne sur : <http://www.nacion.com/2012-07-04/Opinion/cuatro-anos-de-apertura-en-telecomunicaciones.aspx>

³²⁶ Le câble opérateur AMNET –filiale du Groupe MILLICOM-, est le seul à avoir lancé une offre de services « *Triple Play* » à la fin de l'année 2011.

³²⁷ MENDEZ JIMENEZ, Maryleana. *Informe de Labores. Tres años de Gestión Pública. Superintendencia de Telecomunicaciones*. 2009. P. 3. En ligne sur : <http://www.Sutel.go.cr/Ver/Contenido/informe-fin-gestion-maryleana-mendez/207>

de la SUTEL qui doivent faire l'objet de révision. Ce sont des sujets dont la plupart ont un impact soit direct ou indirect sur la transparence du marché et le développement d'un environnement concurrentiel : la portabilité numérique, l'accès aux infrastructures essentielles, le régime tarifaire, la définition des marchés et les obligations imposées aux opérateurs « importants », entre autres. L'analyse croisée des régulations spécifiques mise en marche par la SUTEL et des comportements anticoncurrentiels sur le marché des télécommunications occupera la première partie (**Chapitre 1**). La SUTEL doit absolument gagner de la crédibilité et poser les bases pour le contrôle du marché local, afin de contribuer au développement du droit régional. Il ne faut pas oublier que la présence des opérateurs multinationaux dans toute la région fait pression sur la nécessité d'un contrôle régionale de la concurrence (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- L'analyse croisée des régulations spécifiques et des comportements anticoncurrentiels sur le marché des télécommunications

L'actuel Président de la SUTEL, M. Carlos Raul Gutiérrez, a reconnu l'absence de capacité de l'autorité de régulation pour assumer les compétences en matière de contrôle et de sanction des pratiques anticoncurrentielles³²⁸. L'affirmation est très tôt révélatrice de l'absence d'efficacité du régime sectoriel prévu par le législateur il y a quatre ans, et logiquement du risque énorme pour la concurrence sur le marché des télécommunications. Tel que cela a été exposé dans cette étude, il est indispensable qu'il y ait une coordination entre les autorités de régulation et de concurrence. M. Gutiérrez est conscient de cette nécessité. A son avis, « *la SUTEL compte sur une norme plus moderne et avec la capacité d'imposer des amendes plus importantes. Il faut juste profiter de l'expérience de la COPROCOM et de ses conseils sur les aspects de fond et de procédure* »³²⁹. Or, il est clair que la direction des procédures revient par mandat légal à la SUTEL ; la COPROCOM ne peut pas conseiller la SUTEL pour chaque procédure et en même temps émettre son avis technique suite à l'article 55. En plus, malgré la reconnaissance des limitations humaines et techniques, on comprend moins le fait que jusqu'à présent, l'avis de la COPROCOM n'a pas été complètement suivi par la SUTEL pour les affaires en cours.

³²⁸ GUTIERREZ, Carlos Raul. Président du Conseil Directoire de la SUTEL. Entretien du 2 mai 2011.

³²⁹ GUTIERREZ, Carlos Raul. Président du Conseil Directoire de la SUTEL. Entretien du 2 mai 2011.

« Le contrôle du pouvoir de marché et la supervision concurrentielle du secteur par la sanction des comportements anticoncurrentiels sont la quintessence du droit de la concurrence, qui n'a pourtant pas été considéré pour le moment en mesure d'assurer seul l'accomplissement de ces missions »³³⁰. La promotion de la concurrence passe alors non seulement par l'efficacité du droit « répressif » (contrôle *ex post*). Bien évidemment, il existe une sorte de mécanismes *ex ante* par lesquels l'Etat, et particulièrement le régulateur peuvent parfaitement promouvoir le développement d'un marché plus transparent et concurrentiel. Il s'agit de la promotion de nouveaux concours pour des fréquences liées au développement des technologies mobiles 4G (LTE), l'implémentation de la portabilité numérique, la mise en place des services *roaming* nationaux pendant que les nouveaux adjudicataires développent leurs réseaux sur la totalité du territoire tout en assurant l'accès effectif aux installations essentielles et l'interconnexion aux réseaux publics, etc.

Ces mesures passent nécessairement par l'analyse des marchés et des conditions de concurrence de chaque marché pertinent. On a déjà remarqué que la SUTEL compte sur un total pouvoir discrétionnaire par rapport à la procédure et périodicité pour la définition des marchés pertinents et des opérateurs ou prestataires « importants ». Lors de l'émission de la Résolution SUTEL CRS-307-2009, dans laquelle l'autorité a défini les dix-huit marchés pertinents et déclaré le Groupe ICE comme seul opérateur « important » à l'issue de l'article 50 de la Loi Générale et de l'article 12 du Règlement au Régime d'accès et l'interconnexion, la SUTEL n'a pas demandé un avis à l'autorité de la concurrence. Encore une fois, on doit mettre en doute si le Conseil de la SUTEL est vraiment conscient de ses limitations humaines et techniques, comme l'a affirmé son Président. Même si ce n'est pas prévu par la Loi, l'avis de la COPROCOM aurait pu être utile compte tenu de son expérience et habitude à analyser des caractéristiques et structures de différents marchés.

En Europe, l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE requiert de la Commission qu'elle définisse les marchés en conformité avec les principes du droit de la concurrence. Les

³³⁰ Théodoros. GALANIS, Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 36

principes du droit de la concurrence ont été utilisés dans la recommandation de décembre 2007, concernant la délimitation des marchés de produits au sein du secteur des communications électroniques, tandis que le recensement et la sélection de marchés particuliers aux fins de la réglementation *ex ante* se font sur la base de caractéristiques de ces marchés qui peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires *ex ante*³³¹. La directive 2002/21/CE instaure un cadre législatif régissant le secteur des réseaux et services de communications électroniques dont le but est de répondre aux mouvements de convergence dans ce secteur en englobant l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques. L'objectif, selon la recommandation de la Commission, est de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché.

La SUTEL devrait travailler maintenant sur une nouvelle étude pour recenser les marchés et redéfinir ses priorités afin de promouvoir la concurrence pour chacun d'entre eux. Dans cette optique, la SUTEL devrait limiter sa « improvisation » et profiter plutôt non seulement de l'expérience de la COPROCOM, mais aussi de l'expérience internationale. Par exemple, le point de départ du recensement des marchés, selon la recommandation de la Commission européenne de décembre 2007, est la définition des marchés de détail dans une perspective d'avenir, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. *« Après avoir défini les marchés de détail, on pourra aborder le recensement des marchés de gros pertinents. Si le marché en aval est approvisionné par une ou des entreprises intégrées verticalement, il ne peut y avoir de marché de gros (pour grossistes) en l'absence de réglementation. En conséquence, si le recensement du marché se justifie, il peut être nécessaire de concevoir un marché de gros fictif en amont. Dans le secteur des communications électroniques, les marchés sont souvent de nature double, car ils englobent des services fournis par l'intermédiaire de réseaux ou de plates-formes qui rassemblent des utilisateurs situés de part et d'autre du marché, par exemple des utilisateurs finaux qui échangent des communications, ou des émetteurs et des récepteurs d'informations ou de contenus. Ces aspects doivent être pris en compte lors du recensement et de la définition des*

³³¹ Commission Européenne. Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Journal officiel de l'Union Européenne / 28 12 2007. En ligne sur : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/communautaires/reco-ue-2007-fr.pdf>

marchés, car, en fonction de ces aspects, un marché peut être défini de différentes manières et avoir ou non les caractéristiques qui peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires ex ante »³³².

L'efficacité du régime sectoriel de la concurrence sur le marché costaricien des télécommunications dépend donc fortement de la capacité de réaction de la SUTEL –vu ses actuelles limitations humaines-, et du caractère technique des résolutions lors des procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Or, pendant ce processus de transition du monopole vers la consolidation des marchés concurrentiels, deux grands sujets doivent être révisés pour promouvoir un environnement concurrentiel : d'abord, l'efficacité de la régulation asymétrique contenue dans la Loi Générale des Télécommunications (**Section 1**) ; deuxièmement, l'existence des barrières d'accès au marché et l'expérience de la régulation sur les installations essentielles (**Section 2**).

Section 1.- La régulation asymétrique : le contrôle de l'opérateur historique

Selon les meilleures pratiques internationales, la Loi Générale des Télécommunications établit un mécanisme de régulation asymétrique afin de permettre l'accès effectif des nouveaux opérateurs de réseaux et prestataires de services et de sanctionner les comportements abusifs des opérateurs placés dans une position dominante. La régulation asymétrique n'est pas en soi une sanction envers l'efficacité des opérateurs, mais plutôt un mécanisme qui cherche à établir certaines sauvegardes afin de promouvoir l'accès aux marchés et la concurrence effective. La norme cherche ainsi à établir un certain équilibre sur le marché à travers le contrôle de possibles abus des acteurs qui peuvent exercer leur position. Les opérateurs dits « importants », selon les termes de la Loi costaricienne, comptent généralement sur une série de mécanismes leur permettant d'imposer certaines conditions ou de mettre en place des pratiques restrictives sur le marché. La régulation asymétrique vise alors à éviter la consolidation d'un monopole de fait. Les risques

³³² Commission Européenne. Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Journal officiel de L'Union Européenne / 28 12 2007. En ligne sur : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/communautaires/reco-ue-2007-fr.pdf>

pour le marché en concurrence sont liés à l'infrastructure essentielle : un refus d'accès, des conditions discriminatoires, ou tout simplement, des difficultés pour la mise en marche d'un scénario concurrentiel. Le transfert des ressources donne lieu à une position sur le marché et favorise des abus et des comportements qui vont fausser la concurrence sur le marché des télécommunications.

En principe, le schéma de régulation asymétrique impose certaines obligations raisonnables afin d'assurer une transition correcte du modèle monopolistique vers un environnement concurrentiel. L'ICE, en tant qu'opérateur historique devra logiquement se soumettre à cette régulation. L'article 6, alinéa 17 de la LGT, définit les opérateurs « importants » comme ceux qui ont la capacité d'affecter matériellement, sur le plan des prix et de l'offre, les termes de participation des marchés pertinents, comme résultat du contrôle des installations essentielles ou de sa position sur le marché. A l'aide de l'article 73 de la Loi 7593, il incombe à la SUTEL de déterminer les marchés pertinents, les opérateurs importants et l'imposition d'obligations spécifiques. Quant à la définition des opérateurs importants, la SUTEL doit considérer parmi d'autres critères, les quotas du marché supérieur à 25%, le contrôle des installations essentielles, la supériorité ou les avantages technologiques, les économies d'échelle, l'intégration verticale de l'opérateur, son réseau de distribution, l'absence temporelle de concurrence, l'exclusivité pour une zone géographique ou encore les coûts de développement d'un canal alternatif³³³.

La régulation asymétrique est donc justifiée particulièrement pendant la transition vers des marchés concurrentiels. L'excès de l'application d'une régulation asymétrique peut provoquer pourtant l'effet contraire à la promotion d'un environnement concurrentiel. *« Les marchés se trouvent en constante mutation et les résultats du processus d'innovation et d'expérimentation technologique ne doivent pas subir des distorsions à cause d'une réglementation asymétrique, qui impose, à titre d'exemple, plus d'obligations aux opérateurs des télécommunications qu'aux câblo-opérateurs. Face à ces défis, les deux formes d'intervention sur les marchés apportent des solutions différentes : En bref, plus de liberté pour les opérateurs, de flexibilité et de cohérence pour le droit de la concurrence, qui s'appliquent de façon horizontale et neutre à tous les marchés, plus de spécificité et, selon certains auteurs, plus de certitude pour les opérateurs, au*

³³³ Reglamento de Acceso e Interconexión. Artículo 12.

crédit de la régulation sectorielle, qui comporte des règles plus détaillées et pose les règles du jeu concurrentiel d'avance »³³⁴.

L'autorité de régulation doit donc faire attention d'éviter les excès d'intervention sur des marchés qui gagnent peu à peu des conditions de concurrence. Le Règlement d'Interconnexion rend encore une fois le pouvoir discrétionnaire à la SUTEL pour réaliser la définition des marchés pertinents et des opérateurs importants dans la périodicité qu'elle établit, sans définir une périodicité minimum. Aujourd'hui, certains opérateurs font pression afin de compter sur une révision des marchés, définition liée à la régulation tarifaire, dont on parlera postérieurement. Encore une fois, la SUTEL n'a demandé aucun avis sur la déclaration des marchés pertinents et des opérateurs « importants ». En France, cette demande d'avis s'inscrit dans le cadre de la procédure définie à l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques qui prévoit que l'autorité de régulation, l'ARCEP, détermine, après avis de l'Autorité de la concurrence, les marchés de produits et de services du secteur des communications électroniques pour lesquels elle souhaite imposer *ex ante* des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative. La SUTEL a donc publié la résolution SUTEL RCS-307-2009 qu'on abordera en détail vu les implications sur la promotion de la concurrence. Les délais d'intervention ainsi que certaines régulations *ex ante* semblent être contraires au principe de promotion de la concurrence sectorielle : d'abord, le régime tarifaire (§1) ; ensuite, les particularités des régulations de l'opérateur historique (§2).

§1. Les atouts et risques du régime tarifaire des services des télécommunications : est-ce un régime d'exception ?

L'article 50 de la Loi Générale des Télécommunications établit un régime de fixation tarifaire très particulier si on se réfère à l'expérience comparée. Le législateur a établi une intervention à *priori*³³⁵, jusqu'à ce que les conditions de chacun des dix-huit marchés du secteur des

³³⁴ GALANIS, Théodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 67.

³³⁵ Loi Générale des Télécommunications, Article 50. « *Les tarifs des services de télécommunications disponibles au public seront établis initialement par la Sutel, selon la méthodologie du prix maximal ou toute autre que promotionne la concurrence, selon les bases, les procédures et la périodicité définie réglementairement. Quand la*

télécommunications facilitent l'implémentation d'un environnement concurrentiel. C'est-à-dire, une fois ouvert le marché –dès juin 2008- tous les services compteront sur un prix maximal de vente. Cette régulation est encore valable pour tous les marchés définis par la SUTEL.

L'article 5 de la Loi 7472 octroie la faculté à l'autorité nationale de la concurrence (COPROCOM) de recommander la fixation des prix sur un marché spécifique. Or, la loi ne rend expressément possible la régulation des prix qu'en situation d'exception, et encore de manière temporaire en exigeant que la décision soit fortement motivée en ce qui concerne les situations de monopole ou d'oligopole. Une période de révision des conditions est prévue tous les six mois au minimum. L'intervention sur les prix est, en droit général, une claire exception et correspond à la dernière solution qui doit être implémentée sur les marchés.

Sur le plan sectoriel, il est vrai que la SUTEL dispose d'un mécanisme de régulation, ceci est tout à fait normal, mais beaucoup plus interventionniste. L'autorité de régulation doit pourtant faire attention à cette régulation des prix, car son application correcte ou mauvaise peut certainement contribuer à rétablir les équilibres de forces, ou au contraire, à déverrouiller le marché.

Selon les premières expériences, dans le cas costaricien, il faut avertir qu'on est face à une intervention excessive, qui peut fausser le jeu concurrentiel. La SUTEL a publié la résolution RCS-307-2009 dans laquelle l'autorité a défini les dix-huit marchés pertinents et a déclaré l'ICE comme seul opérateur « important », en application de l'article 50 de la Loi Générale et de l'article 12 du Règlement au Régime d'accès et d'interconnexion. C'est justement cette résolution ainsi que le Règlement de base pour la fixation des prix et tarifs élaboré aussi par la SUTEL qui sont les instruments faisant l'objet des principales critiques à la lumière de l'esprit et de la littéralité visés à l'article 50 de la LGT.

Du point de vue de la comparaison des systèmes, le Costa Rica compte sur un mécanisme de fixation tarifaire initiale. C'est jusqu'à ce que des conditions de concurrence sont établies sur le

Sutel détermine, par le biais d'une résolution motivée, qu'il existe les conditions suffisantes pour assurer une concurrence effective, les prix seront déterminés par les prestataires des services de télécommunications. / Au cas où la Sutel détermine, par le biais d'une résolution motivée, que les conditions de concurrence sur les marchés sont absentes, elle doit intervenir à travers la fixation de tarifs, selon la stipulation du premier paragraphe ».

marché spécifique que l'autorité de régulation peut libérer les prix des services. Les prix maximaux sont établis tout en étant sujets à une indexation, sur la base du taux d'inflation annuel moyen et d'un coefficient d'efficacité calculé par la SUTEL³³⁶. Selon les résolutions Sutel-RCS-001-2009, modifiées partiellement par la résolution Sutel-RCS-615-2009, la fixation tarifaire est applicable aux services de téléphonie fixe (y compris les services VoIP), les services mobiles (téléphonie, messagerie de texte et services multimédias), les lignes de transmission « *point to point* » ou « *point – multipoint* », et les services d'Internet (fixe ou mobile).

En Europe, selon l'article 17 de la Directive de Service Universel, les autorités nationales de régulation doivent imposer des réglementations sur les services au détail, uniquement si les obligations imposées au niveau de gros deviennent insuffisantes pour assurer une concurrence effective. A partir de la Recommandation de 2007, la Commission Européenne a exclu les marchés de voix de ceux susceptibles de faire l'objet de réglementations *ex ante*. Le paquet de réglementations de l'UE 2009 a été transposé au droit français à partir de la publication de l'ordonnance du 26 août 2011³³⁷.

Cela fait plus de quatre ans depuis l'ouverture formelle du marché et cependant les prix finaux des services des télécommunications continuent de faire l'objet d'intervention de la part du régulateur. La question est alors de savoir si le régime tarifaire costaricien est de caractère exceptionnel –comme dans le cas du modèle de l'article 5 de la Loi de concurrence-, ou tout au contraire, s'il repose sur l'idée de maintenir le plus possible l'intervention sur tous les marchés définis du secteur des télécommunications. Les problèmes sont ici divers. D'abord, il faut s'attaquer à la mauvaise réglementation de l'article 50 de la Loi. On a désigné la SUTEL pour la rédaction de cette réglementation et l'ARESEP pour son approbation et promulgation. L'article 50 de la Loi Générale est très clair sur les aspects qui doivent être contenus dans le règlement sur le régime de fixation des tarifs : la méthodologie de calcul, les bases, les procédures et la périodicité. Or, la version publiée du Règlement fait référence uniquement à la méthodologie et

³³⁶ Selon le Règlement sur les bases pour la fixation des prix et tarifs, les critères spécifiques pour le calcul des tarifs maximaux sont entre autres : les coûts directs et communs de l'opération (y compris le retour du capital), le facteur d'ajustement par efficacité selon l'évolution de l'économie, les changements technologiques et la demande des services et l'équivalence à la valeur des coûts moyens.

³³⁷ Cullen International. Données disponibles sur : www.cullen-international.com

les bases de calcul des tarifs. Il fait omission de la procédure et de la périodicité des études pour aboutir à la libéralisation ou le maintien de la fixation tarifaire.

Il faut déjà remarquer que même si la méthodologie et les bases de calcul sont définies dans le Règlement, la SUTEL, à travers la résolution RCS-615-2009 du 18 décembre 2009, a déclaré que les prix maximaux des services devaient être les mêmes que ceux définis par l'ARESEP (Autorité de Régulation des Services Publics) et appliqués à l'entreprise publique, en l'occurrence l'ICE, en 2006, date à laquelle les calculs ont été faits sur la base des méthodologies différentes de considération du marché sous la forme d'un monopole. Cette résolution est alors contraire aux dispositions du Règlement. La SUTEL, suivant la résolution RCS-615-2009, allègue que les opérateurs n'ont pas apporté toute l'information nécessaire pour appliquer la méthodologie. Or, est-ce que ceci est une justification légale pour s'abstenir de l'application d'une norme réglementaire ? Raisonnablement, la SUTEL aurait dû prévenir les opérateurs, et au besoin, les sanctionner sur la base de l'article 67, alinéa a-8 de la Loi Générale des Télécommunications.

L'application des prix et tarifs calculés en 2006 sur la base d'une méthodologie différente et d'un marché en monopole est une énorme irresponsabilité de la part de l'autorité de régulation sectorielle. Les prix maximaux actuellement en vigueur ne peuvent pas correspondre à la réalité d'un marché en concurrence, affirmation encore plus valable pour certains marchés comme l'accès à l'Internet, où, depuis plus de trois ans, il existe plusieurs prestataires de services (y compris l'opérateur historique) et donc plusieurs options pour les consommateurs. Le résultat de cette régulation interventionniste : les prestataires du service d'accès à l'Internet, à titre d'exemple, pratiquent tous des prix maximaux, qui demeurent parmi les plus élevés d'Amérique Latine³³⁸.

Cette situation problématique aurait déjà été résolue par la SUTEL si le Règlement avait prévu une périodicité minimale pour la révision des « *conditions pour une concurrence effective* ». Mais le Règlement en vigueur se limite à donner au régulateur le pouvoir d'effectuer des révisions à discrétion, « *chaque fois que la SUTEL le considère nécessaire* ». Il n'y a même pas de

³³⁸ Rapport de la Firme Internationale Deloitte publié dans « *El Financiero* ». 8 mars 2011. En ligne sur: http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2011/noviembre/27/enportada2979076.html

périodicité minimale. Ceci suscite l'incertitude parmi les opérateurs, particulièrement en raison du fait que les tarifs restent fixés depuis trois ans, sans qu'aucune nouvelle étude ne soit encore en cours. En plus, vu que ni la Loi ni le Règlement n'ont prévu de consulter l'Autorité nationale de la concurrence (COPROCOM), il aurait été souhaitable de procurer le développement d'une base afin d'encadrer les éléments à considérer dans le but de parvenir à des « *conditions pour une concurrence effective* » sur le marché.

Ceci a fait l'objet de critiques de la part du Recteur du secteur des télécommunications lors du processus de rédaction du Règlement. Le Vice-Ministère avait déjà averti qu'il était nécessaire « *d'introduire un chapitre relatif à la détermination des conditions pour une concurrence effective, sur la base de l'article 6, alinéa 7 de la Loi Générale des Télécommunications, dans le but de procurer de la sécurité juridique en relation aux conditions du marché et des moments d'analyse de la fixation tarifaire. Ce Titre doit permettre de développer les bases de fixation, les procédures d'analyse et sa périodicité* »³³⁹. Les consultants, parmi lesquels on a figuré entre 2007 et 2010, ont insisté sur le fait qu'il fallait établir des éléments minimums pour la définition des « *conditions pour une concurrence effective* ».

Depuis longtemps, l'OCDE et la Commission Européenne avaient déjà émis certaines recommandations pour l'évaluation de la concurrence effective³⁴⁰. Le cadre suivant présente le résumé des recommandations sur base desquelles la SUTEL aurait dû élaborer des lignes directrices objectives pour définir les paramètres minimums à considérer en vue de la définition des conditions de concurrence lors des analyses périodiques.

³³⁹ Vice-Ministère des Télécommunications. Rapport contenant les observations au sujet du Projet de Règlement des bases pour la fixation des prix et tarifs des services des télécommunications. Décembre 2009. La recommandation spécifique du Vice-Ministère contenait entre autres : la nécessité de développer clairement l'article 50 de la Loi afin d'établir les mécanismes d'intervention de l'autorité de régulation; la nécessité de référencer l'article 52 de la Loi, afin de développer les procédures d'analyse des marchés et d'établir la périodicité des analyses par rapport au degré de concurrence et la possibilité d'activer l'analyse du marché sur saisine d'un opérateur ; l'introduction de mécanismes d'opposition et de transparence à la déclaration des marchés pertinents et des opérateurs « importants » ; l'obligation de faire référencer l'article 52, alinéa b) de la Loi au niveau réglementaire à l'analyse des marchés pertinents contenue dans l'article 14 de la Loi 7472 de concurrence ; enfin, la nécessité que l'autorité de régulation consulte l'autorité de la concurrence (COPROCOM) afin que la résolution puisse compter sur les critères techniques et l'analyse des marchés et ses acteurs.

³⁴⁰ Pour une analyse plus détaillée des recommandations et paramètres d'analyse, voir: OECD, *Indicators for the assessment of telecommunications competition. Working party on telecommunication and information services policies. DSTI/ICCP/TISP(2001) 6/FINAL*. Et, Commission Européenne. *Détermination des organisations avec un Pouvoir significatif sur le Marché (SMP) pour l'implémentation des Directives ONP*.

CATÉGORIES	INDICATEURS	PARAMÈTRES
Structure du marché	<ul style="list-style-type: none"> • Participations du marché et ses tendances • Barrières à l'accès 	<ul style="list-style-type: none"> • Volumes des minutes par appel, nombre des clients, volume de revenus et nombre de lignes installées. • Barrières absolues : nombre d'opérateurs, restrictions régulatrices, contrôle d'accès aux facilités essentielles, extension des économies d'échelle. • Barrières Stratégiques : publicité et contrôle du capital. • Intégration Verticale / Barrières d'exclusion : existence d'intégration verticale de l'opérateur et ses niveaux de prix, y compris l'accès non-discriminatoire aux marchés de gros.
Comportements de l'offrant	<ul style="list-style-type: none"> • Concurrence active sur les prix • Absence des pratiques anticoncurrentielles et d'ententes • Existence de services innovateurs • Marges de profits. 	<ul style="list-style-type: none"> • Concurrence sur les prix : tendances des prix, pouvoir de contestation de la concurrence, existence d'un « leader ». • Rivalité hors prix : niveaux des coûts du marché et publicité, couverture des services. • Mesures indirectes : existence de récentes entrées et sorties d'opérateurs. • Pratiques anticoncurrentielles : nombre des accords de désagrégation de boucle locale et d'interconnexion ; pourcentage des lignes pour boucle locale ; installations essentielles et portabilité du numéro ; niveaux des accords et ententes. • Taux de diversification et vitesse des services innovateurs. • Tendances de profits entre les opérateurs.
	<ul style="list-style-type: none"> • Accès à 	<ul style="list-style-type: none"> • Statistiques de consommation ; information

CATÉGORIES	INDICATEURS	PARAMÈTRES
Comportements des consommateurs	<p>l'information</p> <ul style="list-style-type: none"> • Capacité d'utilisation de l'information et des opportunités du marché • Coûts et barrières pour le changement d'opérateur. • Pouvoir de compensation de l'achat. 	<p>notifiée régulièrement au consommateur ; qualité des sites web</p> <ul style="list-style-type: none"> • Information claire et concise au consommateur sur tous les services existant et ses alternatives. • Etudes du consommateur : barrières pour le changement d'un opérateur ; niveaux de changements par rapport aux niveaux de satisfaction selon l'information obtenue. • Nombre du groupe de consommateurs ; pourcentage de grands usagers et mesures par revenus ; niveau de dépenses par consommateur selon les services.
Besoins du consommateur	<ul style="list-style-type: none"> • Gamme des services offerts • Satisfaction du consommateur au niveau des prix • Satisfaction du consommateur au niveau de la qualité des services. 	<ul style="list-style-type: none"> • Nombre de clients perdus par un opérateur pour une période déterminée. • Études: Présence d'offres suffisantes et changements du niveau de satisfaction. • Revenus par rapport au nombre d'appels effectués • Etudes: prix adéquats, structures tarifaires simples. • Appels complets, interrompus, saturation des réseaux, temps d'installation et de réparation des services, nombre de plaintes pour mauvais service. • Etude: niveau de la qualité et réduction de la qualité du service.

Source : Elaboration propre à partir des données de l'OCDE et de L'Union Européenne³⁴¹.

³⁴¹ OECD, *Indicators for the assessment of telecommunications competition. Working party on telecommunication and information services policies. DSTI/ICCP/TISP (2001) 6/FINAL*. Et, Commission Européenne. *Détermination des organisations avec un Pouvoir significatif sur le Marché (SMP) pour l'implémentation des Directives ONP*.

Le régime tarifaire repose donc sur des conditions moyennement claires. Les règles concernant la définition proprement dite des « *conditions pour une concurrence effective* » ne sont pas encore définies et la périodicité reste à la discrétion de l'autorité de régulation. La SUTEL a même affirmé dans le rapport préliminaire à la résolution RCS-307-2009 que « *tant qu'il existe un opérateur « important », il ne peut exister des conditions pour une concurrence effective sur le marché* ». Cela suggère que les prix resteront tout le temps régulés et qu'on est face à un régime d'intervention par règle générale et non pas de caractère exceptionnel. L'existence d'un opérateur dominant ne doit pas signifier que les conditions nécessaires n'existent pas pour une concurrence effective. La confusion au sein de la SUTEL est digne d'être soulignée. L'esprit du législateur concernant le modèle tarifaire a déjà été supplanté par la discrétion du régulateur.

Ceci implique un risque pour le marché qui devrait être atténué par une association accrue des tiers (consommateurs, concurrents) aux procédures de décision et une plus grande transparence par rapport aux paramètres de définition et de périodicité des analyses. « Un meilleur encadrement de l'action du régulateur et des limites à son pouvoir discrétionnaire pourraient constituer des solutions appropriées. La multiplication des « principaux », c'est-à-dire des acteurs qui pourraient intervenir dans le processus décisionnel du régulateur sectoriel, à savoir les juridictions de contrôle, les autorités de la concurrence, ou même des arbitres indépendants, est aussi proposée »³⁴².

Les conditions des dix-huit marchés définis par la SUTEL en 2009 ont rapidement évolué. Plus de cent nouvelles entreprises ont l'autorisation de commercialiser leurs services sur le marché national. Aujourd'hui, deux nouveaux concessionnaires de services mobiles (CLARO et TELEFONICA avec des opérations dans toute l'Amérique latine et ailleurs) sont présentes, ainsi que deux opérateurs mobiles virtuels (MVNO). Il est plus qu'évident que la condition des dix-huit marchés, et même celle des « opérateurs importants » doivent être révisées par l'autorité de régulation. Il serait souhaitable aussi que le règlement soit modifié afin d'éclairer les aspects concernant les éléments de définition des conditions pour une concurrence effective, ainsi que la

³⁴² GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale sous la Direction de M. le professeur Gilbert PARLEANI. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 69

périodicité minimale des analyses des marchés, obligeant le régulateur à répondre efficacement à l'évolution de la structure des marchés.

§2. Les particularités des obligations imposées à l'opérateur historique

L'article 75 de la Loi 7593 établit une série d'obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs déclarés « importants ». La Loi impose à tous les opérateurs du secteur, des obligations particulièrement liées à la conception des réseaux et à l'accès à l'information. Or, l'alinéa b) de l'article *supra*, rend à l'autorité de régulation la possibilité d'imposer certaines obligations aux opérateurs importants, c'est-à-dire : la publicité de certaine information, la division de la comptabilité des coûts, la facilité d'accès aux éléments de leur réseau et aux installations essentielles, entre autres.

Certaines obligations de l'article 75 semblent plutôt une réitération des dispositions légales contenues dans la Loi Générale des Télécommunications, d'application commune à tous les opérateurs. Par exemple, l'abstention de comportements anticoncurrentiels. D'après l'article 21 du Règlement du Régime de la concurrence, « *l'opérateur ou prestataire avec pouvoir substantiel sur le marché pertinent serait considéré comme un opérateur ou prestataire important pour les effets de la Loi 8642 (LGT)* ». Or, il faut faire attention au fait que même si cet article 21 fait une liaison en quelque sorte entre « opérateur important » et « pouvoir substantiel » d'un opérateur, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. En d'autres mots, un opérateur « important » n'a pas nécessairement le pouvoir substantiel sur un marché pertinent, lors de l'enquête suivie dans une procédure de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Le pouvoir substantiel doit alors être déterminé cas par cas. L'obligation établit que l'article 75 *supra* devient donc une espèce de prévention, reprise par la résolution de la SUTEL RCS-307-2009³⁴³. Or, le régime de contrôle des pratiques anticoncurrentielles est applicable à tous les acteurs, sans aucune nécessité d'insister ou d'avertir certains opérateurs, car en tout cas, il faudrait prouver son pouvoir substantiel sur le marché pertinent enquêté.

³⁴³ SUTEL. Résolution RCS-307-2009 pour la définition des marchés pertinents et des opérateurs importants publiée dans la *LA GACETA*, numéro 239. San José, Costa Rica. 9 décembre 2009.

De même, l'article 75 *supra* impose aux opérateurs importants la sujétion au régime de fixation tarifaire concernant les prix finaux aux usagers des services. Encore une fois, cette obligation, reprise aussi par la SUTEL dans la résolution RCS-307-2009, est prévue à l'article 50 de la Loi Générale des Télécommunications. Le régime des prix maximaux est applicable à absolument tous les opérateurs sur chacun des marchés définis par la SUTEL. De telle sorte que l'obligation contenue dans la Loi 7593 ne répond pas à une obligation propre des opérateurs « importants ». Le cas est différent pour des obligations liées aux prix d'accès à leurs installations et réseaux, qui normalement se traduit par l'obligation de faire une offre d'interconnexion par référence et d'autres informations de manière transparente et non discriminatoire.

Le rapport 08-2009 de la SUTEL concernant l'étude préalable pour la définition des marchés pertinents et des opérateurs dotés d'un pouvoir significatif (« important » selon la terminologie costaricienne), recommandait en plus l'imposition de l'obligation de communiquer 22 jours à l'avance toute nouvelle condition ou prix de services, en incluant les prix détaillés de chaque service offert au forfait. Le délai semble clairement excessif. Bien que le contrôle préalable des promotions mises en place par l'opérateur « important » soit justifié, ce délai aurait limité la capacité de réaction de l'opérateur face à ses concurrents. Il faut rappeler que la régulation asymétrique ne peut fonctionner au préjudice imminent des opérateurs importants. Tout simplement, elle cherche à établir un équilibre et à sauvegarder l'accès des concurrents au marché. La SUTEL a réduit finalement ce délai de 22 à 1 jour. C'est une étrange modification, si on considère que finalement ce qui existe est une notification préalable des conditions et des prix des services, sans que l'opérateur doive attendre l'avis favorable de l'autorité de régulation. Or, selon quelques « rumeurs »³⁴⁴, la SUTEL est en train de réviser cette régulation, afin d'établir l'obligation -d'application générale-, de notifier préalablement les offres des opérateurs, avec un délai d'entre cinq et vingt-cinq jours. Les opérateurs ne pourront pas mettre en place un nouveau prix ou promotion avant que la SUTEL ne l'autorise expressément. Un excès de contrôle qui risque de retirer de la flexibilité et vivacité au marché.

D'autres sujets doivent être abordés. D'abord, la SUTEL, à travers la Résolution RCS-307-2009, a déclaré que le Groupe ICE était un opérateur « important » (significatif) et non chacune de ses

³⁴⁴ RIVERA IBARRA, José. Gérant de Régulation de *Movistar* Costa Rica. Entretien du 30 mars 2012.

filiales sur son marché respectif, ce qui peut provoquer des distorsions dans l'analyse future et dans l'application des régulations spécifiques. En plus, la SUTEL a obligé l'ICE à mettre un guide gratuit à la disposition des usagers ainsi qu'un service d'information. Selon l'article 45, alinéa 15 de la Loi Générale des Télécommunications, l'obligation de garantir l'accès des usagers à un guide gratuit revient à l'Etat. Initialement, le législateur avait prévu l'assignation d'un concessionnaire chargé de ce guide et des services d'information gratuits, par le biais d'un concours. Or, la SUTEL semble avoir tout simplement délégué sa responsabilité à l'opérateur important. Il est vrai que l'ICE conserve encore l'énorme majorité des usagers et donc, l'information de la plupart des usagers des services de téléphonie sur le marché national³⁴⁵. Toutefois, la SUTEL devait plutôt obliger l'ICE à rendre sa base de données disponible, et pas développer son guide gratuit. Une obligation qui doit être imposée à tous les opérateurs de téléphonie. Tant le guide d'usagers des services de téléphonie que les services d'information représentent un marché important, distinct de celui des services de télécommunications. Pourtant, avec cette disposition, l'autorité de régulation peut démotiver la participation d'autres agents sur ce marché spécifique.

En plus, la Résolution RCS-307-2009 force le Groupe ICE, en tant qu'opérateur historique déclaré « important », à maximiser l'efficacité des ressources numériques et du spectre radioélectrique. Par rapport au spectre, n'importe quel concessionnaire est obligé de faire un usage efficace du spectre. Encore une fois, ce n'est pas une obligation imposable exclusivement à l'opérateur important. En plus, il revient à l'Etat, à travers ses institutions compétentes (le Vice-Ministère des Télécommunications et la Sutel) de promouvoir la réassignation des fréquences commercialement pertinentes. Selon le Président de la SUTEL, le gouvernement aurait dû libérer au moins 60 MHz de plus sur la bande de 850 MHz, afin de promouvoir l'accès d'un nouvel opérateur mobile. Or, ceci peut encore devenir possible si, dès maintenant, le gouvernement travaille à la libéralisation des fréquences sur les bandes de 700 MHz, 1900 MHz ou 2.5 GHz, bandes reconnues par l'Union Internationale des Télécommunications (UIT) comme les plus favorables pour le développement des services mobiles *LTE* de quatrième génération (4G). En

³⁴⁵ Il faut rappeler que le Traité CAFTA-RD ainsi que la Loi Générale des Télécommunications ont maintenu le micro monopole public sur le marché de la téléphonie fixe conventionnelle, pour lequel le Costa Rica a un taux de pénétration de 35%, selon le Plan National de Développement des Télécommunications. En ligne sur : <http://www.cullen-international.com/link/7636252>

septembre 2011, des fréquences *LTE* ont été adjudiquées en France et des services lancés en 2012³⁴⁶. En Europe, le lancement commercial du *LTE* a commencé en 2009 en Norvège et en Suède. Au Costa Rica, on est très loin d'avoir un concours pour l'assignation de ces fréquences pertinentes pour l'introduction de nouvelles technologies, et probablement, de nouveaux acteurs sur le marché mobile.

Par rapport à la numérotation, il faut dire que l'administration de cette ressource rare est une obligation de la SUTEL, selon sa propre Loi numéro 7593. On n'arrive pas à comprendre l'objet de cette obligation, et encore moins, le fait que la SUTEL –contrairement au plan original émis par le Vice-Ministère des Télécommunications, a assigné les préfixes 6 et 7 aux deux nouveaux concurrents du marché mobile. Historiquement, la téléphonie mobile opère avec le préfixe 8, sur lequel il reste encore plusieurs segments assignables. Donner un préfixe différent à chaque entreprise ne sert qu'à confondre les usagers. Ceci ne répond pas en principe à une bonne politique d'assignation efficiente de la ressource numérique, particulièrement une fois que la portabilité numérique soit implémentée.

Précisément, la Résolution RCS-307-2009 établit que l'ICE doit donner l'option aux usagers de la portabilité numérique, sur la base de l'article 45, alinéa 17 de la Loi Générale des Télécommunications. Or, la LGT stipule uniquement que les usagers devront avoir le droit à porter son numéro. Les avantages de la portabilité numérique sont internationalement reconnus. La portabilité du numéro est un élément clé pour faciliter le choix des consommateurs et une réelle concurrence sur des marchés de communications électroniques concurrentiels³⁴⁷. Il faut en principe éviter que le numéro de l'utilisateur du service de téléphonie constitue une barrière à la mobilité des usagers, tout en permettant que la concurrence se centre plutôt sur les prix et les conditions du service et de la valeur ajoutée de chaque opérateur. Les consommateurs seront ainsi plus ouverts à analyser les bénéfices des offres des services³⁴⁸.

³⁴⁶ En septembre 2011, sur la base d'un « *beauty contest* » les opérateurs ORANGE (2x20 MHz €228 millions), FREE MOBILE (2.20 MHz € 231 millions), BOUYGUES TELECOM (2x15 MHz €228 millions) et SFR (2X15 MHz € 150 millions) ont été adjudiqués pour la mise en place de *LTE*. Données sur : Cullen International.

³⁴⁷ Directive 2009/136/CE.

³⁴⁸ ABADIA, Jorge. (PDG Telefónica Costa Rica). Déclarations rendues au journal El Financiero. San José, Costa Rica. 23 janvier 2012. En ligne sur : http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2012/enero/29/tecnologia3039815.html

L'obligation imposée par la SUTEL est non seulement une obligation générique pour tout opérateur, sinon qu'elle devient absolument inapplicable jusqu'au moment où la SUTEL arrive à définir les conditions pour l'implémentation de la Portabilité Numérique au Costa Rica. Bien que le Vice-Ministère des Télécommunications ait conformé une commission de travail en coordination avec la SUTEL afin d'accélérer la discussion au sujet de la portabilité numérique, l'autorité de régulation a finalement congelé le projet de règlement émis vers la fin 2009. La Portabilité Numérique est implémentée au niveau latino-américain depuis 2008³⁴⁹. Au Chili, elle a été implémentée avec beaucoup de succès le 16 janvier 2012. Après deux mois, il y avait un taux de numéros portés de 3.4%, supérieur au 2.0% de la moyenne régionale³⁵⁰. Il faut rappeler qu'en Europe la Portabilité numérique a été exigée suivant les Directives de Service Universel de 2002 (Art. 22), qui ont été transposées sur les normes nationales à partir de juillet 2003. La Portabilité numérique est depuis quelques années, disponible dans tous les Etats de l'Union Européenne³⁵¹. Selon la Directive 2009/136/CE, la portabilité devrait être mise en œuvre dans les meilleurs délais, de sorte que le numéro soit activé et opérationnel dans un délai d'un jour ouvrable et que l'utilisateur ne soit pas privé de service au-delà d'un jour ouvrable³⁵².

Malgré l'expérience internationale et l'intérêt de la portabilité numérique dans la promotion de la concurrence, au Costa Rica ce n'est que jusqu'à la fin de l'année 2011 que la SUTEL, à travers la Résolution RCS-274-2011 de décembre 2011, a défini la procédure et les bases pour son

³⁴⁹ La Portabilité Numérique a été introduite par exemple au Mexique en juillet 2008, sur la base de la Décision *Cofetel* du 12 juillet 2007. Les conditions techniques sont disponibles dans la Décision *Cofetel* 28 novembre 2007 et les spécifications opérationnelles dans la Décision *Cofetel* de janvier 2008. Au Brésil, la portabilité a été introduite progressivement dès septembre 2008 sur la base de la Résolution 460 de l'année 2007. De même, en Colombie la portabilité a été lancée le 29 juillet 2011 sur la base de la Loi 1245 du 6 octobre 2008 et les Résolutions 2355 de 2010 et 3003 de 2011. Plus récemment, le Chili vient de lancer la portabilité mobile le 16 janvier 2012 sur la base d'une Loi de Portabilité Numérique. Les conditions spécifiques ont été détaillées dans la Résolution de la Subtel 340 de janvier 2010.

³⁵⁰ Information obtenue sur le site officiel de la *Subsecretaria de Telecomunicaciones de Chile*. En ligne sur : <http://www.subtel.gob.cl/portabilidadnumerica/category/noticias/>

³⁵¹ La Bulgarie et la Roumanie ont été les derniers états membres à implémenter la Portabilité Numérique en 2008.

³⁵² Directive 2009/136/CE. D'après la Directive, les autorités nationales compétentes peuvent prescrire la procédure globale de portage des numéros, compte tenu des dispositions nationales en matière de contrats et des progrès technologiques. L'expérience, dans certains États membres, a montré qu'il existait un risque que des consommateurs se trouvent confrontés à un changement de fournisseur sans y avoir consenti. S'il est vrai que ce problème devrait être traité en premier lieu par les autorités chargées de l'application du droit, les États membres devraient néanmoins être à même d'imposer les mesures proportionnées minimales relatives à la procédure de changement de fournisseur qui sont nécessaires pour minimiser ce genre de risques et pour garantir que les consommateurs soient protégés tout au long de la procédure de changement de fournisseur, y compris des sanctions appropriées, sans rendre cette procédure moins attrayante pour les consommateurs

implémentation. Selon les rapports de presse³⁵³, la SUTEL prévoit l'implémentation de la portabilité vers la fin 2013. Alors, il est clair que l'obligation imposée à l'ICE dès 2009 était complètement impossible d'accomplir. Au contraire, cette disposition met en évidence le retard de l'autorité de régulation dans le processus de développement du cadre réglementaire pour l'implémentation de la portabilité numérique sur le marché national.

L'affirmation de la SUTEL dans son rapport 08-2009 est encore plus critiquable. Selon elle, « *au cas où on arrive à déterminer l'existence d'un opérateur important sur un marché pertinent, il faut que soient maintenues la fixation des prix et des tarifs ainsi que l'imposition des obligations dérivées du cadre normatif* ». L'article 50 rend possible la libéralisation des tarifs au public une fois que l'autorité de régulation a déterminé qu'il existe des « *conditions pour une concurrence effective sur le marché* ». Cela correspond au même scénario affirmatif prévu par l'article 17 de la Directive 2009/136/CE, selon lequel les régulateurs doivent imposer des mesures appropriées quand le marché n'est pas en situation de concurrence réelle³⁵⁴. Il est clair, que l'existence même d'un opérateur doté d'un pouvoir significatif sur le marché ne signifie pas que ne peuvent exister les conditions pour une concurrence vive et effective sur ce marché. En même temps, la SUTEL semble confondre la définition des marchés ordonnés par l'article 75 de la Loi 7593 (18 marchés définis), utiles pour la mise en pratique des régulations *ex ante*, avec la définition du marché pertinent lors d'une enquête par la commission des pratiques anticoncurrentielles. Cela réduit l'analyse des « marchés pertinents » à 18 marchés, enlevant l'étude de tous les éléments définis à l'article 14 de la Loi de promotion de la concurrence, numéro 7472.

En définitive, il existe un problème conceptuel. L'autorité de régulation a commis plusieurs erreurs dans l'application des régulations *ex ante* qui devraient servir à introduire et promouvoir la concurrence sur le marché des télécommunications. Il est évident que cette autorité n'est pas

³⁵³ CORDERO, Mónica. "Portabilidad llegará en el 2013". *El Financiero*. San José, Costa Rica. En ligne sur : http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2012/enero/29/tecnologia3039815.html

³⁵⁴ Directive 2009/136/CE. Article 16 : «*1. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales imposent des obligations réglementaires adéquates aux entreprises déterminées comme étant puissantes sur un marché de détail donné, conformément à l'article 14 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre") lorsque: à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre"), une autorité réglementaire nationale constate qu'un marché de détail donné, déterminé conformément à l'article 15 de ladite directive, n'est pas en situation de concurrence réelle; et l'autorité réglementaire nationale conclut que les obligations imposées suivant les articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive "accès") ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre")* ».

habituée, ni formée pour l'application de la norme de concurrence. La mission commandée par le législateur commence à susciter des doutes raisonnables et justifiés sur les acteurs du secteur, particulièrement sur ceux qui, pendant plusieurs mois, voire des années, ont été occupés à obtenir l'accès aux installations essentielles pour arriver à lancer finalement leurs services sur le marché.

Section 2.- L'accès aux installations essentielles et les barrières d'accès au marché

En cette matière, selon le professeur Guillaume Dezobry, les mots clés sont « exclusion » et « accès ». Le premier correspond à un risque, le second à un remède. Le phénomène d'exclusion résulte de la combinaison de trois éléments. Le premier est factuel : la situation exceptionnelle dans laquelle l'exercice d'une activité économique n'est possible qu'à condition de pouvoir utiliser un bien, une infrastructure, une information ou encore un service particulier et que l'on qualifie pour cette raison d'essentiel. Le deuxième élément est juridique : il est relatif à l'exclusivité dont jouit le propriétaire d'une facilité essentielle. Les notions de propriété et d'exclusivité sont profondément liées. « Le droit de la propriété a pour caractéristique essentielle de conférer un pouvoir privatif, donc exclusif sur les choses »³⁵⁵. Le troisième élément est relatif à l'idée de rationalité économique. Le titulaire de la facilité essentielle est un opérateur économique que l'on considère rationnel³⁵⁶.

Alors que l'exclusion d'un opérateur économique peut parfois s'analyser comme « une manifestation positive d'une concurrence animée »³⁵⁷, lorsqu'elle intervient dans le contexte très particulier d'une affaire mettant en cause une facilité essentielle, cette exclusion est révélatrice d'une défaillance du marché. La régulation sectorielle doit absolument faire attention aux affaires concernant l'accès aux facilités essentielles, particulièrement dans un contexte d'ouverture de marché, où la principale priorité doit être de permettre aux nouveaux acteurs d'accéder au marché dans des conditions de transparence et d'égalité. La loi costaricienne incorpore une série de dispositions visant à réguler l'accès aux installations essentielles et à la planification et au

³⁵⁵ GOURDON, P. L'exclusivité. LGDJ. Bibliothèque de Droit Privé, Tome 455. Paris, 2006. P. 370.

³⁵⁶ DEZOBRY, G. La Théorie des Facilités Essentielles. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 6.

³⁵⁷ PERROT, A. Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence. Revue française d'économie. Paris, 2002. P. 85.

contrôle des ressources rares. « C'est dans la perspective de trouver une solution permettant de limiter le risque d'exclusion que la question de l'accès doit être envisagée »³⁵⁸. L'article 6 alinéa 10) de la Loi Générale des Télécommunications au Costa Rica définit les installations essentielles comme « *les installations d'un réseau ou d'un service de télécommunications disponibles au public, qui sont exclusivement ou majoritairement prestées par un seul ou limitées au numéro d'opérateurs et prestataires, et qu'il est économiquement et techniquement impossible de substituer pour la prestation de services* »³⁵⁹.

Le problème de l'accès soulève deux questions qui doivent être abordées. La première est relative à l'opportunité d'une intervention publique pour corriger la défaillance du marché précédemment mise en évidence. La seconde question, qui ne doit être envisagée que si la réponse à la première question est positive, concerne la forme que doit prendre cette intervention. En présence d'une facilité essentielle, le marché est défaillant. L'intervention publique est alors requise afin d'organiser l'accès des tiers à cette facilité. Deux méthodes sont possibles. D'abord par le biais de la régulation *ex ante* qui consiste à organiser l'accès à priori, c'est-à-dire avant qu'un litige ne survienne entre le titulaire de la facilité et un opérateur économique souhaitant y avoir accès ; il s'agit de la régulation. La seconde méthode consiste à organiser l'accès a posteriori, à l'occasion d'un litige opposant le titulaire de la facilité à un opérateur économique souhaitant exercer son activité (régulation *ex post*). La difficulté consiste à déterminer la meilleure méthode³⁶⁰. Si certains auteurs considèrent qu'il est préférable d'organiser l'accès à une facilité essentielle de manière *ex ante*, d'autres estiment au contraire que la régulation *ex post* est plus appropriée.

La Loi Générale des Télécommunications prévoit deux mécanismes pour affronter les problèmes concernant l'accès aux installations essentielles sur le marché costaricien. D'abord, à l'aide des articles 59 et suivants, relatifs au régime d'accès et d'interconnexion. Il s'agit d'une intervention préventive (*ex ante*) et de caractères strictement régulateurs. Deuxièmement, par le biais de l'article 54 alinéa j), relatif aux pratiques monopolistiques qui a trait, spécifiquement, à la conduite délibérée ayant pour objet le déplacement d'un concurrent ou l'obstacle à son accès au

³⁵⁸ DEZOBRY, G. La Théorie des Facilités Essentielles. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 7.

³⁵⁹ *Ley General de Telecomunicaciones*. Numéro 8642 du 30 juin 2008. Article 6.

³⁶⁰ DEZOBRY, G. La Théorie des Facilités Essentielles. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 385.

marché. C'est une intervention plutôt répressive. Selon Pamela Sittenfeld, les deux mécanismes sont complémentaires. A son avis, il est clair que l'intervention *ex ante* du régulateur est souhaitable afin de rendre possible l'accès effectif de l'opérateur sollicitant, dans un délai plus favorable³⁶¹. Pourtant, sur ce point, nous sommes de l'avis du professeur Guillaume Dezobry qui estime que le choix dépend de chaque situation concrète et qu'aucune des deux méthodes ne peut être absolument écartée³⁶². L'accès doit alors être organisé de manière *ex ante* ou *ex post*, en fonction des caractéristiques propres à chaque facilité et au secteur économique concerné.

Dans la pratique, une dizaine d'affaires concernant des négociations ou dénégations d'accès aux réseaux publics sont en cours d'étude de la SUTEL depuis plus d'un an et demi. La Sutel devrait donc faire une analyse des caractéristiques de chaque cas et appliquer les régulations sectorielles, ou bien, faire initier la procédure de sanction de pratique anticoncurrentielle. Au cas où la SUTEL décide d'appliquer le droit de la concurrence, l'autorité de régulation devrait s'inspirer de l'expérience internationale en matière de facilités essentielles (§1), et au niveau local, des antécédents connus par la Coprocom, avant l'entrée en vigueur de la Loi Générale des Télécommunications (§2).

§1. Les « ressources essentielles » sur le marché français et européen

C'est à la Cour d'appel de Paris que l'on doit la première définition de l'essentialité en droit français, selon le professeur Guillaume Dezobry, malgré le fait que le Conseil de la concurrence a certes été le premier à utiliser l'expression dans l'affaire Héli-Inter³⁶³ mais sans la définir. Ainsi, dans son arrêt du 9 septembre 1997, la Cour précise que « les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou

³⁶¹ SITTENFELD, Pamela. *Las prácticas monopolísticas absolutas*. Séminaire « *El Régimen de Competencia en el sector de las Telecomunicaciones* ». Hôtel San José, Palacio. Costa Rica, 26 avril 2012. Voir dans le même sens : GERANDIN, D. *Limiting the scope of article 82 EC :What can the EU learn from the U.S. Court's judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?* Common market L. Rev. 2004, n° 41. P. 1519.

³⁶² DEZOBRY, G. *La Théorie des Facilités Essentielles*. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 385

³⁶³ Dans l'affaire Héli-Inter, l'hélistation de Saint-Crescent le Viel à Narbonne était en cause ainsi que ses commodités (aire de lavage, aire de stationnement, accès au carburant, locaux pour les pilotes...). Le débat s'est centré sur le caractère essentiel de ces infrastructures, gérées par la société Héli-Inter, pour assurer la fourniture de transports sanitaires hélicoptères pour le SMUR du Centre hospitalier de Narbonne dont le marché était revenu à la société Jet Systems suite à un appel d'offres remporté en 1994.

permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables³⁶⁴. Toujours sur le plan conceptuel, la Direction Générale de Concurrence de la Commission européenne définit la notion de facilité essentielle dans un sens similaire, comme une « *installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou permettre aux concurrents d'exercer leurs activités. Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques* »³⁶⁵. Justement, c'est une notion quasi-identique à celle retenue par la Commission européenne dans sa communication relative à l'application des règles de concurrence dans les accords d'accès au secteur des télécommunications. La Commission a indiqué que « *le terme installation essentielle désigne des installations ou des infrastructures indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables* »³⁶⁶.

La Cour d'appel de Paris a donc proposé une définition de facilité essentielle où il doit y avoir une combinaison entre le fait que la facilité soit indispensable à l'exercice d'une activité et l'absence de substitut potentiel. Ainsi, dans son arrêt du 16 mars 1999 rendu dans l'affaire opposant France Télécom et NC Numéricâble, relatif aux conditions d'accès de ce dernier aux réseaux câblés appartenant à France Télécom pour en assurer l'exploitation commerciale, la Cour a repris à son compte l'analyse du Conseil de la concurrence et souligne que « la société NC Numéricâble ne dispose d'aucune autre solution que d'utiliser (les réseaux) de la société France Télécom pour l'exploitation de ses sites et que ces infrastructures revêtent pour elle un caractère essentiel »³⁶⁷. C'est donc en retenant l'absence de solution alternative et le critère horizontal que la Cour confirme le caractère essentiel des réseaux de France télécom pour l'activité envisagée NC Numéricâble. La Cour de cassation a validé l'analyse de la CA Paris et a noté en effet que les infrastructures de France Télécom sont « essentielles et sans alternative » pour Numéricâble³⁶⁸.

³⁶⁴ CA Paris (1^{ère} Chambre, section H), 9 septembre 1997, relatif au recours formé par la société Héli-Inter Assistance contre la Décision n° 96-D-51, (BOCC 8 janvier 1998).

³⁶⁵ Direction Générale de Concurrence (Commission européenne). Glossaire. Sur: http://www.concurrences.com/article.php3?id_article=12266&lang=fr

³⁶⁶ JOCE n° C265 du 22 août 1998. P. 2.

³⁶⁷ CA Paris (1^{ère} Chambre, section H), 15 mars 1999, relatif au recours formé par la SA France Télécom contre la décision n° 00-MC-01 (BOCCRF n° 10 du 3 juin 1999).

³⁶⁸ Cour de cassation, 12 avril 2000. Affaire : France Télécom c/ N.C. Numéricâble.

Le secteur des télécommunications est certainement l'un des secteurs dans lesquels la notion d'essentialité est la plus présente. Dans l'affaire dite des « listes d'abonnés » concernant les sociétés Filetech et France Télécom, l'une des questions qui se posait était de mesurer l'importance des listes d'abonnés au téléphone pour l'exercice de l'activité consistant à commercialiser des fichiers destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct. La Cour d'appel de Paris a reconnu que « France Télécom, qui était titulaire au cours de la période examinée d'un monopole légal sur le marché des télécommunications entre points fixes, était le seul opérateur en mesure de commercialiser la liste des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des noms de ceux de ces abonnés figurant sur les listes orange et safran »³⁶⁹.

La régulation *ex post* d'une facilité essentielle correspond à l'application théorique de la doctrine des facilités essentielles, qui du point de vue organique, devrait être assurée soit par l'autorité chargée de la concurrence, soit par un juge. Pour appliquer la théorie des facilités essentielles, l'entité saisie va devoir surmonter deux difficultés : combler l'asymétrie d'information afin de déterminer les conditions d'accès et gérer le suivi de la décision accordant l'accès afin de s'assurer de son effectivité³⁷⁰. Dans ce sens, par exemple, lorsque la Commission européenne prononce l'accès à une facilité essentielle, sa décision doit préciser les conditions selon lesquelles l'accès doit être accordé. Ces conditions peuvent être imposées par la Commission ou proposées par le titulaire de la facilité essentielle. Dans le premier cas, le contenu des injonctions varie en fonction de la complexité de l'opération consistant à déterminer les conditions d'accès. Plus l'opération est complexe, plus la Commission va chercher à externaliser la détermination des conditions d'accès en sollicitant la participation des agents économiques concernés ou celle d'experts, et cela dans le but de surmonter le problème lié à l'asymétrie d'information.

En ce qui concerne l'acceptation des engagements du titulaire des facilités essentielles, il faut remarquer que l'autorité de la concurrence française peut aussi accepter des engagements

³⁶⁹ Trois décisions concernent cette affaire : le Conseil de la Concurrence, Décision N° 98-D-60 du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone (BOCCRF n° 2 du 29 janvier 1999) ; la Cour d'appel de Paris (1^{ère} Chambre, section H) du 29 juin 1999, relatif au recours formé par la SA France Télécom (BOCC n° 14 du 25 août 1999) ; Cassation Comm. du 4 décembre 2001 (Bull. 2001, IV, n° 193).

³⁷⁰ DEZOBRY, G. La Théorie des Facilités Essentielles. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 386.

proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées. Elle peut même infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Ce sont des possibilités que la norme costaricienne donne aussi à la Sutel, en tant qu'entité chargée de la concurrence sectorielle du marché des télécommunications.

Finalement, il faut souligner que la mission d'une autorité de concurrence n'est pas de trancher les litiges entre les particuliers mais de restaurer la concurrence lorsque celle-ci est faussée. Toutefois, dans certaines hypothèses, la restauration de la concurrence conduit l'autorité à devoir trancher un litige entre particuliers. Tel est le cas de l'application de la théorie des facilités essentielles. L'application de cette théorie suppose un refus d'accès et donc un litige entre deux opérateurs économiques. De plus, la seule solution pour restaurer ou favoriser la concurrence consiste à permettre l'accès à l'opérateur économique évincé³⁷¹.

§2. L'antécédent de la Coprocom au Costa Rica

L'alinéa g) de l'article 12 de la Loi de Promotion de la concurrence, numéro 7472, introduit en tant que « pratique monopolistique relative tout acte délibéré qui induit à la sortie des compétiteurs ou évite leur entrée ». Avant la promulgation de la Loi Générale des Télécommunications en juin 2008, l'autorité nationale de la concurrence (COPROCOM) a résolu trois affaires concernant l'accès à l'infrastructure des propriétaires des réseaux d'énergie ou des télécommunications. La norme donne lieu cependant à une incertitude constitutionnelle du fait que la conduite typifiée n'est pas tout à fait claire et décrite. Or, la COPROCOM a cherché dans les cas auxquels on fera référence, à lier la pratique monopolistique de l'article 12, alinéa g) à l'application classique de la théorie des facilités essentielles.

En 2007, la COPROCOM a infligé une amende proche de € 140.000 euros à la Coopérative d'électrification rurale de la Région nord du pays (*COOPELESCA*) dû à son refus d'octroyer

³⁷¹ DEZOBRY, G. La Théorie des Facilités Essentielles. Essentialité et Droit Communautaire de la Concurrence ? L.G.D.J. Bibliothèque de Droit International et Communautaire, Tome 124. Paris, 2009. P. 386.

l'accès à son réseau câblé à l'entreprise *CableTica*, filiale de la principale compagnie de télévision du pays (*TELETICA*). Dans ce cas particulier, la COPROCOM s'est trouvée face à une preuve déterminante : un acte du Conseil Directoire de la Coopérative où on s'est expressément accordé à nier l'accès à *CableTica*, et de répondre à la sollicitude formelle, que « pour la Coopérative la proposition faite en octobre 2006 ne convient pas car *Coopelesca R.L.* va développer son propre projet d'info communications ». Pour *CableTica*, le réseau de la compagnie d'électrification devenait indispensable et essentiel pour arriver à offrir ses services de contenu et de télécommunications dans la région nord, une de plus productives du pays, et avec une population d'environ 250.000habitants.

Lors de la procédure, la Coopérative a soutenu que sa conduite n'était pas suffisamment caractérisée. Or, d'après la décision contenue dans la session 32-2007 (article 5°) de la COPROCOM, la caractérisation de la pratique doit être déterminée par un élément objectif : l'acte délibéré, concrètement, la négative d'accès injustifié et convenant clairement à l'intérêt particulier de l'infracteur. En plus, l'agent économique (*Coopelesca*) comptait sur un pouvoir substantiel sur le marché pertinent, du fait qu'elle était la seule entreprise à avoir une concession publique pour le développement d'une infrastructure pour les réseaux de câble et d'électrification dans la région nord. Ce qui était aussi clair -selon la Coprocom-, était l'effet anticoncurrentiel du comportement : l'empêchement d'accès au marché d'un concurrent potentiel³⁷². Finalement, outre l'amende déjà mentionnée, une injonction fut faite à la Coopérative de donner accès à *CableTica*, ce que l'entreprise demanderesse a rapidement obtenu lors d'une négociation postérieure à la résolution dictée par la Coprocom. L'autorité de la concurrence a ainsi réussi par le biais de l'article 12, alinéa g) à introduire la théorie des installations essentielles.

Dans le même sens, la Coprocom a résolu l'affaire *CoopeAlfaro Ruiz / Câble Zar*, concernant également une affaire d'accès au réseau de la première. *CoopeAlfaro Ruiz* est aussi une Coopérative rurale de la Province d'Alajuela (la seconde plus importante du pays). En plus des arguments présentés par la Coopérative d'électrification rurale de la région nord, *CoopeAlfaro Ruiz* fondait sa défense sur l'apparent caractère privé de l'infrastructure de sa propriété et sur la

³⁷² COPROCOM. Décision contenue à l'article 5 de la Session 32-2207 du 11 décembre 2007. Affaire : *Coopelesca – Câble Tica*.

liberté de commerce et des contrats. La Coprocom a nié le caractère de propriété privée de l'infrastructure sur la base de l'article 46 constitutionnel, qui interdit les monopoles et tout acte même légal, qui menace ou restreint la liberté de commerce. De même, l'article 72 de la Loi de Promotion de la concurrence, numéro 7472, établit le caractère d'ordre public des normes de concurrence, cette norme étant au-dessus de toute pratique ou stipulation contractuelle. Finalement, la Coprocom considère applicable l'article 12, alinéa g) du fait que la propriétaire du réseau nie l'accès à une facilité essentielle pour son potentiel compétiteur, ayant pour conséquence, sa possible sortie du marché³⁷³.

En janvier 2011, la Coprocom a sanctionné l'ESPH (Entreprise de Service Public d'Heredia), entreprise chargée du réseau d'électrification de la quatrième province costaricienne, pour infraction à l'article 12, alinéa g). L'autorité nationale de concurrence a infligé une amende proche de €135.000 et a ordonné à l'entreprise publique de donner l'accès à son réseau électrique (infrastructure de support pour les différents réseaux de câble dans la région de concession d'ESPH), dans des conditions non discriminatoires³⁷⁴. Selon la Coprocom, l'ESPH devrait s'abstenir de nier, sans aucune justification, l'accès à une facilité essentielle, et ainsi éviter de porter atteinte à la concurrence³⁷⁵.

La Loi Générale des télécommunications incorpore à l'article 54, alinéa j), une norme très similaire à celle utilisée par la Coprocom pour résoudre les affaires d'accès aux installations essentielles. La Sutel compte aussi sur les régulations *ex ante* à travers lesquelles elle peut aussi traiter les affaires d'accès aux installations. On s'attendrait alors à ce que la Sutel ait résolu les

³⁷³ COPROCOM. Décision contenue dans l'article 6 de la Session 01-2008 du 8 janvier 2008. Affaire CoopeAlfaro Ruiz – Câble Zar.

³⁷⁴ COPROCOM. Décision 01-2012 du 25 janvier 2011. Affaire ESPH / Câble Vision.

³⁷⁵ Dans cette affaire, la Coprocom a dû présenter le cas au Ministère Public, car les représentants de la propriétaire du réseau (ESPH) avaient manifesté tout au long de la procédure n'avoir aucun intérêt dans le développement des services de télécommunications. Or, l'ESPH avait, dès la fin 2007, sollicité aux législateurs d'inclure une réforme à sa Loi Constitutive afin d'acquérir la compétence légale pour offrir ce type de services en convergence. Avec la Loi 8660 de modernisation du secteur des télécommunications publiée en août 2008, l'ESPH avait obtenu les facultés légales pour se lancer sur le marché des télécommunications. En mars 2010, l'ESPH avait obtenu l'autorisation du régulateur de lancer ses services de Télévision par souscription et d'Internet. Même l'ancien Président de la Sutel, M. George Miley est actuellement interpellé par le Ministère Public à cause d'un certificat où fut constaté l'absence d'une gestion d'habilitation de l'entreprise sur le marché, malgré le fait que trois mois avant l'expédition de cette attestation, l'ESPH avait déjà présenté sa demande formelle d'autorisation. L'intérêt de l'entreprise ESPH dans le marché des télécommunications était essentiel pour développer la thèse d'exclusion d'un compétiteur, même si ce compétiteur était « potentiel ». L'ESPH était donc bien clairement un compétiteur potentiel de Câble Vision.

affaires d'accès à l'infrastructure dans des délais raisonnables. Or, selon le propre Président de la Sutel, une dizaine d'affaires sont encore en attente d'intervention de la part de l'autorité de régulation. Cela depuis plus de deux ans et sans qu'il n'existe de justification valable. La Sutel aurait non seulement dû résoudre ces affaires sur la base des antécédents résolus par la Coprocom, mais en plus, elle aurait dû imposer les conditions d'accès et de transparence imposées à l'ICE en tant qu'opérateur « important », aux entreprises propriétaires des réseaux régionaux, lors de la définition des marchés pertinents et de la déclaration des opérateurs ou prestataires « importants » (« signifiants » selon la terminologie européenne). Ainsi, elle aurait réussi à imposer des obligations de mise à disposition des offres d'accès par référence, tout en établissant des sauvegardes indispensables dans un contexte d'ouverture et de promotion de la concurrence³⁷⁶.

La Sutel doit absolument travailler sur la base de l'expérience internationale et profiter du parcours de la Coprocom. Elle doit surtout éviter d'émettre des dispositions ayant pour effet de fausser ou limiter la concurrence sur un marché spécifique, cas particulier de la commercialisation des annuaires de renseignements téléphoniques. A travers la Résolution de la Sutel RCS-307-2009, l'autorité de régulation, loin de promouvoir la concurrence sur ce marché, a obligé l'opérateur historique de reproduire cet annuaire. Sur la base de l'affaire Filetech / France Télécom, la Sutel aurait tout simplement dû obligé l'ICE de rendre sa liste d'abonnés disponible, afin que le développement d'un marché concurrentiel sur l'émission des annuaires de renseignement soit possible.

CHAPITRE 2.- Le contrôle des pratiques régionales par des opérateurs multinationaux

La présence de nouveaux acteurs ainsi que d'opérateurs régionaux semble requérir des contrôles renforcés au niveau régional. D'abord, il faut rompre avec le déséquilibre historique de la structure tarifaire interne, cas spécifique du marché costaricien, où les appels longue distance servaient à subventionner les

³⁷⁶ Il faut souligner que la SUTEL, lors de la publication de la Résolution RCS-307-2009 a tout simplement indiqué que les opérateurs ou prestataires de services disposant d'accès aux réseaux publics de télécommunications où il existe une limitation géographique où les possibilités de substitution sont limitées, pourront être considérés comme « opérateurs importants » selon la norme. Or jusqu'à présent, plus de trois ans après cette résolution, aucune entreprise locale propriétaire du réseau n'a été forcée de remplir des obligations particulières, malgré la dizaine d'affaires dénoncées.

abonnements résidentiels, comme en France. Avant la libéralisation du marché français des télécommunications, France Télécom pratiquait des prix relativement élevés pour les communications longue distance et des prix en deçà des autres pays et inférieurs aux coûts pour l'abonnement résidentiel. Une telle situation résultait aussi d'un déséquilibre de la structure tarifaire. Selon le rapport du Sénat français, l'ouverture à la concurrence rendait indispensable un rééquilibrage des tarifs qui les rapproche des coûts réels. Sinon, il est évident qu'un nouvel opérateur pourrait déstabiliser l'opérateur public en captant les segments les plus rentables du marché par des offres de prix avantageuses (surtout s'il n'a pas à supporter les coûts fixes liés à la mission de service public et au raccordement des réseaux locaux). Dans ce contexte, la directive européenne 96/19/CE du 13 mars 1996 a servi de base pour l'adoption de régulations dans le but de promouvoir la résorption des déséquilibres tarifaires non justifiés³⁷⁷.

Deuxièmement, l'arrivée des champions régionaux *Telefonica* et *Claro* sur le marché costaricien fait nécessairement penser à la surveillance des stratégies régionales de ces géants. Faire de l'Amérique Centrale ou encore de l'Amérique Latine un seul objectif à conquérir, a beaucoup de sens. D'autres groupes multinationaux ce sont récemment lancés à la conquête du marché latino-américain, comme récemment le Groupe Britannique Virgin³⁷⁸. Ce n'est pas un hasard que le Groupe ICE ait fortement lutté à l'Assemblée Législative pour que la Loi de modernisation (Loi 8660) lui confère les pouvoirs et facultés pour se lancer à la recherche de nouveaux marchés en dehors du territoire national. Les articles 5 et 8 de la Loi 8660 rendent possible le défi de s'aventurer sur d'autres marchés à l'étranger, soit directement, soit par le biais d'alliances stratégiques. Or, la réalité fait penser que pour l'instant l'ICE devra surmonter la période transitionnelle, où les nouveaux concurrents font de plus en plus pression pour gagner des portions du marché. L'ICE a dû faire un effort énorme pour s'adapter au jeu concurrentiel et ses finances font penser qu'un investissement potentiel de l'ICE à l'étranger est pour l'instant très loin de devenir une réalité³⁷⁹.

³⁷⁷ Projet de loi de réglementation des télécommunications (France): exposé général et examen des articles. En ligne sur : <http://www.senat.fr/rap/195-389-1/195-389-11.html#haut>

³⁷⁸ Virgin Group a lancé ses services en tant qu'opérateur mobile virtuel au Mexique, Brésil, en Argentine, Colombie et au Chili entre 2011 et 2012.

³⁷⁹ LA NACION. *Hacienda revela fuerte deterioro de finanzas del ICE. El País. San José, Costa Rica. 27 de julio 2012.* En ligne sur: <http://www.nacion.com/%28S%28dzbmm5sni33lijezczjoneq%29%29/2012-06-19/ElPaís/Hacienda-revela-fuerte-deterioro-de-finanzas-del-ICE.aspx> Selon Le Ministère de Finances, l'entreprise

Du côté de l'autorité de concurrence –c'est-à-dire du régulateur dans le cas actuel du Costa Rica-, plusieurs sauvegardes devraient être mises en place. Or, il est clair que certains mouvements régionaux dépassent la capacité des autorités nationales. Une pratique anticoncurrentielle d'ordre régional peut échapper aux contrôles des autorités nationales, qui peuvent aussi se trouver dans l'impossibilité légale de sanctionner un comportement à l'origine ou exécuté ailleurs. L'opérateur peut dès lors fausser la concurrence sur un marché national à travers des stratégies d'ordre régional.

A titre d'exemple, sur le plan général, l'autorité salvadorienne de concurrence a sanctionné une entente entre les producteurs régionaux de maïs. D'après les preuves obtenues à l'aide d'une perquisition, les producteurs de maïs se sont partagés le marché centre-américain et ont accordé la non-intervention dans « leurs domaines ». Le producteur dominant au Costa Rica n'a pas pu être sanctionné, car la seule preuve a été obtenue par une autre autorité et sur le territoire d'El Salvador. C'est un cas typique qui aurait dû être résolu à l'aide d'un instrument ou encore d'une agence régionale de concurrence.

Il y a cependant deux atouts à signaler dans l'évolution récente du droit costaricien. Tout d'abord l'article 52 de la Loi Générale des Télécommunications rend possible la sanction des comportements conclus à l'étranger mais avec effets sur le territoire national. Le principe de base est remarquable. Pourtant, il faudrait développer davantage cette possibilité au niveau réglementaire afin que cette norme soit applicable et exécutable sur le terrain. Deuxièmement, le Costa Rica vient d'approuver l'Accord de Coopération et d'Association Commerciale (AACUE) entre l'Union Européenne et l'Amérique Centrale³⁸⁰. Bien que la position originale de l'Union Européenne vise à obliger les pays centre-américains à souscrire une norme de concurrence d'application régionale, selon les négociations finales, les états centre-américains signataires devront œuvrer à la construction du meilleur scénario pour le contrôle régional de la concurrence.

publique a reporté plus de \$44 millions de dollars en 2011. L'ICE a annoncé des compressions budgétaires supérieures à \$160 millions de dollars, d'ici 2014.

³⁸⁰ L'Accord de Coopération entre l'Amérique Centrale et l'Union Européenne a été signé le 29 Juin 2012 à Tegucigalpa, Honduras. Il faut maintenant la ratification au sein de chaque pays (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica et Panama) et du Parlement Européenne.

Il s'agit d'un droit régional qui devrait être applicable à toutes les activités, télécommunications y compris, dix ans au plus tard après la souscription de l'ACCUE.

Or, le temps semble être l'ennemi des stratégies visant à promouvoir la concurrence sur les marchés nationaux, qui sont de plus en plus concentrés dans les mains des grands groupes régionaux ou multinationaux. Les télécommunications ne font pas exception. Les deux nouveaux joueurs du marché costaricien des télécommunications sont déjà présents dans toute la région, sans que les autorités nationales soient en mesure de contrôler efficacement les comportements monopolistiques ou abusifs. La présence d'opérateurs multinationaux sur les marchés régionaux fait penser nécessairement au contrôle régional de la concurrence (**Section 1**). La signature de l'Accord d'Association et de Coopération entre l'Amérique centrale et l'Union Européenne (AACUE) pose les bases de la création d'un instrument régional de contrôle de la concurrence sur l'exemple de la Commission Européenne (**Section 2**).

Section 1.- La présence des opérateurs multinationaux sur les marchés régionaux suggère un contrôle régional de la concurrence

Le marché régional est devenu attirant pour plusieurs entreprises multinationales. Seul le marché centre-américain concentre une population similaire au marché français, mais avec un potentiel majeur, vu les bas indices de pénétration des services de télécommunications dans la région.

Deux nouveaux opérateurs mobiles sont entrés sur le marché costaricien en novembre 2011 : les géants *Telefonica (Movistar)* et *América Movil (Claro)*. L'espagnol *Telefonica* est établi depuis longtemps au Brésil, en Argentine, au Chili, au Mexique, en Colombie, au Pérou, entre autres. *Claro*, filiale du Groupe *América Móvil*, propriété du multimillionnaire Carlos Slim, est présent sur les marchés brésilien, argentin, chilien, colombien, et bien évidemment sur le marché mexicain³⁸¹. En Amérique Centrale, les deux opérateurs étaient déjà présents au Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua et Panama. Il ne leur restait qu'accéder au marché costaricien.

³⁸¹ Données sur Cullen International. *Key Investors in telecommunications*. www.cullen-internacional.com

Simultanément, le Groupe Millicom a récemment annoncé l'acquisition de 100% du capital de l'entreprise *AMNET* au Costa Rica, principal câblo-opérateur du pays, avec une part de marché de près de 40%. *AMNET* était le seul opérateur au Costa Rica à avoir lancé des offres « *triple play* » (Télévision, Internet et Téléphonie) au début de 2012. Millicom est depuis longtemps présent avec sa marque caractéristique –*TIGO*–, sur les marchés de Colombie, Guatemala, Honduras et El Salvador.

La table suivante montre la présence des opérateurs multinationaux des télécommunications sur le marché latino-américain :

Table 1: Le contrôle des opérateurs fixes et mobiles par des opérateurs des télécommunications étrangers

La table montre les contrôleurs du capital actionnaire des principaux opérateurs des télécommunications en Amérique Latine. Les investisseurs sur cette table comptent sur le contrôle actionnaire de la compagnie locale (soit par vote majoritaire soit par le droit de blocage minoritaire).
La table montre uniquement les opérateurs sur le marché résidentiel.

L'icône  montre l'opérateur domestique.

Les groupes d'investisseurs montrés dans la table ci-dessous sont présents au moins sur un marché local en Amérique Latine.

Pays							
AR	✓ Telefonica de Argentina (fixed), Movistar (mobile) (100%)	✓ Telecom Argentina (fixed) (68% in controlling company Sofora or, 22.6% direct stake) (incl. Personal (mobile) and Arnet (ISP))	-	✓ Claro (100%, fixed and mobile)	✓ Nextel Communications Argentina (100%, trunking)	-	-
BR	✓ Telefonica Brasil (incl. 100% Vivo)	✓ TIM Participações (incl. 100% TIM Celular, 100% Intelig and 100% AES Atimus – renamed TIM Fiber).	-	✓ Embratel Participações (98.01% owned through Telmex international) and 99% of Claro	✓ 100% Nextel Telecomunicacoes Ltda (Nextel Brazil)	-	-
CL	✓	-	-	✓	✓	✓	✓

	Telefónica Chile - Movistar (97.89% owned) (fixed and mobile)			Claro (100%) (fixed and mobile) (Telmex has 100% ownership of the holding company Telmex Chile Holding, which has a 99.7% share in Telmex Chile)	Centennial Cayman Corp. Chile (100%) - (Nextel Chile)	VTR GlobalCom (80%)	Tribe Mobile Chile – MVNO launched operations in April 2012.
CO	✓ Telefónica - Telecom (Colombia Telecomunicaciones) (owns 52.03%), incl. Movistar		✓ Colombia Movil - Tigo (owned 50% plus 1 voting shares by Millicom and the rest shared between EPM and ETB)	✓ Telmex (100% owned) Comcel (95.7% owned)			
CR	✓ Telefónica Costa Rica- Movistar (mobile) Telefónica 100%	-	✓ Tigo (Ancien câblo-opérateur <i>Amnet</i>)	✓ Claro Costa Rica Telecomunicaciones S.A. – Claro (mobile) América Móvil 100%	-	-	-
M X	✓ Telefonica Moviles Mexico (Movistar) 100% NB In the fixed line market, Telefonica Moviles Mexico owns 49% of Grupo de Telecomunicaciones Mexicanas	-	-	 Telmex (92.79%) Telcel (100%)	✓ Nextel de México (100%)	-	-
PE	✓ Telefonica del Perú (100%) (Movistar)	-	-	✓ Telmex del Perú (100%) America Movil (100%)	✓ Nextel del Perú (100%)	-	-

Données sur Cullen International. *Key Investors in telecommunications*. www.cullen-internacional.com

Selon l'ACCUE, le modèle régional devrait être en marche au cours des dix ans à partir de la signature de l'Accord. Malheureusement, cette durée semble importante et risque de devenir une longue attente pour aboutir à une discussion de plus en plus urgente. Quelques affaires d'ordre régional sont déjà en cours d'enquête au sein des autorités nationales.

Tout d'abord, la demande de concentration entre les opérateurs *CLARO* (América Movil) et *DIGICEL*. La première cherchait à acquérir 100% du capital actionnaire de l'entreprise *Digicel* à El Salvador, pays qui compte sur un contrôle préalable des concentrations. L'autorité de concurrence –*Superintendencia de Competencia* (SC)- a ratifié en octobre 2011 sa décision du 30 août 2011, de conditionner la demande d'autorisation de l'opération de concentration entre *Claro* y *Digicel*. La SC a obligé le groupe à renoncer d'abord à 20 MHz du spectre radioélectrique pour ses opérations de téléphonie mobile³⁸². Selon les termes de la Résolution de la SC, cette condition préalable a pour objet de minimiser l'impact négatif que l'opération pourrait produire sur la concurrence, rendant possible l'entrée d'un nouvel opérateur, et ainsi diminuer les niveaux de concentration et les possibilités de collusion sur le marché³⁸³. En plus, la SC a conditionné la concentration au maintien des opérations de *DIGICEL* à El Salvador (y compris l'exécution des stratégies de commercialisation des services) sur un délai de cinq ans, afin de permettre la permanence de l'opérateur et assurer une transition correcte jusqu'à l'adjudication du spectre libéré pour un nouvel opérateur mobile. En décembre 2011, *CLARO* a renoncé à poursuivre l'opération. Les conditions imposées par l'autorité salvadorienne ont été jugées par *CLARO* comme excessives et inadmissibles. Sur cette base, le géant mexicain a renégocié les termes de l'acquisition, et en juin 2012 a présenté une nouvelle demande auprès de la SC³⁸⁴.

DIGICEL figurait parmi les opérateurs mobiles intéressés par le marché costaricien. L'opérateur avait participé aux audiences publiques préalables à l'émission des règlements techniques. L'entreprise a même parrainé l'équipe nationale de football pendant presque deux ans. Sa rentrée sur le marché était imminente du fait que l'Etat avait annoncé la mise en concours du spectre radioélectrique suffisant pour trois nouvelles entreprises. Finalement, l'entreprise d'origine caribéenne a décliné sa participation au concours pour l'adjudication du spectre au Costa Rica. La négociation du géant mexicain a probablement pris en compte les opérations régionales de *DIGICEL*. La question d'intérêt est de savoir si ce mouvement de concentration explique l'absence de l'opérateur caribéen sur le marché costaricien, voire même, si cela a influencé

³⁸² Les 20 MHz ont été considérés par l'autorité de régulation salvadorienne comme une quantité techniquement suffisante du spectre radioélectrique pour permettre l'entrée d'un nouvel opérateur mobile à El Salvador.

³⁸³ La résolution originelle de la SC peut être consultée en ligne sur: http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-016-S-C-R-2011_300811_1330.pdf.

³⁸⁴ *Superintendencia de Competencia*. Communiqué de Presse. Cuscatlan. 19 juillet 2012.

l'offre économique minimum présentée par CLARO lors du concours établi par l'Etat costaricien. Un des concurrents potentiels était déjà hors course.

Une autre affaire est en voie d'être admise au sein de la SUTEL au Costa Rica. Il s'agit d'une plainte des opérateurs de téléphonie IP contre l'opérateur CLARO pour d'apparents prix prédateurs et discriminatoires (*marge squeeze*) sur la terminaison des appels internationaux avec le Nicaragua comme destination. Selon la plainte, l'opérateur CLARO pratique pour sa filiale à San José des prix de terminaison sur son réseau au Nicaragua considérablement plus avantageux par rapport aux prix négociés avec les autres opérateurs téléphoniques au Costa Rica. Au Nicaragua, CLARO compte sur une portion du marché téléphonique supérieure à 60%. L'intérêt est évident : attirer presque un million de Nicaraguayens résidents au Costa Rica (presque 20% du marché local), par le biais de meilleurs prix pour leurs appels internationaux.

L'autorité de concurrence, Coprocom, devra bientôt se prononcer sur cette affaire selon l'article 55 de la LGT. Juridiquement, il existe une question à résoudre: la territorialité du possible comportement anticoncurrentiel. Au cas où l'infraction (*marge squeeze* ou discrimination) était prouvée, l'intérêt est de savoir si les autorités costariciennes pourront sanctionner une pratique mise en place à l'étranger et en outre par une filiale domiciliée au Nicaragua.

L'article 52 de la Loi Générale de Télécommunications rend possible, en principe, la sanction des comportements conclus à l'étranger mais avec effets sur le territoire national. Selon l'ancienne directrice exécutive de la Coprocom, Mme Pamela Sittenfeld, le principe de base constitue un atout de la norme, et rend possible l'intervention des autorités locales³⁸⁵. Pourtant, il aurait été souhaitable que cette disposition légale soit davantage développée au niveau réglementaire, afin de lier particulièrement cette disposition de l'article 52, alinéa c) aux comportements anticoncurrentiels définis à l'article 53 et 54, donnant ainsi plus de sécurité juridique aux opérateurs. Dans l'attente d'un instrument de contrôle de la concurrence régionale, les autorités concernées (Sutel et Coprocom) devront dès lors développer le principe d'extra territorialité des normes de concurrence contenues dans l'article 52, alinéa c) au sujet de leurs résolutions. Sans

³⁸⁵ SITTENFELD, Pamela. *Las prácticas monopolísticas absolutas*. Séminaire « *El Régimen de Competencia en el sector de las Telecomunicaciones* ». Hôtel San José, Palacio. Costa Rica. 26 avril 2012.

aucun doute, cette affaire donne une énorme possibilité aux autorités costariciennes de définir un précédent intéressant par rapport aux pratiques régionales des opérateurs. Pourtant, la création d'un instrument commun, –ou mieux encore- d'une autorité régionale, à l'instar de la Commission Européenne, devient envisageable.

Section 2.- L'AACUE³⁸⁶ pose la question de la création d'une autorité régionale comparable à la Commission Européenne

La signature du Traité de libre-échange entre les Etats-Unis et l'Amérique Centrale (CAFTA-RD) pose des principes de promotion de la concurrence, de transparence et de non-discrimination dans le secteur des télécommunications. Le CAFTA oblige aussi à la création d'une autorité indépendante au sujet du contrôle de la concurrence sur ce marché. Or, il ne contient aucune disposition tendant à renforcer les pouvoirs des autorités nationales, ou bien, cherchant à promouvoir des normes uniformes dans la région.

Lors des négociations de l'Accord de Coopération entre l'Amérique Centrale et l'Union Européenne, précisément les représentants de l'UE ont forcé le développement d'une politique régionale de contrôle de la concurrence. Selon Ana Ayuso, l'intérêt de l'UE se centre sur la nécessité d'assurer un environnement transparent pour les investissements européens dans la région³⁸⁷. Bien que l'AACUE ait été signé le 26 juin 2012 et doive maintenant être ratifié par chaque pays d'Amérique Centrale et par le Parlement européen³⁸⁸, l'Amérique Centrale doit désormais travailler à l'élaboration d'un modèle d'intégration des normes de concurrence, ce qui inclut probablement, la création d'une autorité régionale de concurrence (ARC).

Il faut reconnaître la valeur et les avancées des textes européens, ainsi que leurs effets sur la concurrence communautaire. Plusieurs types de normes sont développés au sein de l'Union

³⁸⁶ AACUE : Accord d'Association entre l'Amérique Centrale et l'Union Européenne

³⁸⁷ AYUSO, Ana. Experte du Centre d'Etudes et de Documentation Internationale à Barcelone. Entretien pour *La Nación*. San José, Costa Rica. 12 mars 2012. En ligne sur : <http://www.nacion.com/2012-03-12/Economia/costa-rica-espera-con-ansias-a-un-socio-enfermo--la-union-europea-.aspx>

³⁸⁸ Selon les rapports de presse, le Parlement Européen ira ratifier l'ACCUE vers la fin d'octobre ou début novembre 2012. Sur : ZAMORA, Angélica. *Parlamento Europeo podría ratificar acuerdo con Centroamérica en octubre*. *Revista SUMMA*. 27 juillet 2012. En ligne sur : <http://www.revistasumma.com/economia/28228-parlamento-europeo-podria-ratificar-acuerdo-con-centroamerica-en-octubre.html>

Européenne. Tout d'abord, les Règlements du Parlement et du Conseil, sur proposition de la Commission. Ils sont directement applicables et obligatoires dans tous les États membres de l'UE sans qu'il soit nécessaire d'adopter des dispositions d'exécution dans la législation nationale. Ils créent donc un droit dans toute l'Union Européenne sans tenir compte des frontières et sont valables uniformément et intégralement dans tous les États membres. Les États, leurs institutions et autorités sont directement liées par les dispositions d'un règlement européen et doivent les respecter au même titre que le droit national.

Les Directives du Parlement et du Conseil sur initiative de la Commission³⁸⁹ lient les États membres au résultat à atteindre dans un délai donné, tout en laissant aux instances nationales le choix de la forme et des moyens. Ces textes doivent être transposés en droit national pour entrer en application dans chaque État membre et leur transposition est obligatoire dans des délais impartis par chaque directive. En cas de non-respect de cette obligation, les États membres peuvent être poursuivis devant la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE) pour manquement au droit communautaire³⁹⁰.

Le système européen compte aussi sur les décisions adoptées notamment par la Commission, qui doit alors respecter le processus de consultation des comités réglementaires. La Commission peut agir par décision en vertu du Traité (par exemple en matière de concurrence) ou en vertu de règlements ou de directives qui lui octroient une telle compétence. Comme dans le cas d'un règlement, les décisions de la Commission sont obligatoires mais en revanche, seulement pour les destinataires qu'elles désignent. Par conséquent, les décisions ne requièrent pas de législation nationale pour leur exécution. La décision peut être adressée à un, plusieurs ou tous les États membres, à des entreprises ou à des particuliers.

³⁸⁹ Une directive peut aussi émaner uniquement du Conseil ou de la Commission, comme par exemple la directive "concurrence" de la Commission.

³⁹⁰ Les directives communautaires ne créent pas de droits ou d'obligations directes pour les citoyens de l'Union car seuls les États membres en sont destinataires. Toutefois, en vertu de la jurisprudence de la CJCE, après expiration du délai de transposition, tous les organes des États membres sont tenus d'interpréter et d'appliquer la législation nationale conformément aux directives et d'écarter les dispositions de droit interne contraires à une directive non transposée. La CJCE a reconnu le droit aux particuliers d'invoquer à l'encontre d'un État une directive non ou mal transposée en droit interne et de se prévaloir devant les juridictions nationales des droits qu'elle lui ouvre, dès lors que les dispositions de la directive sont claires, précises, inconditionnelles et qu'elles n'offrent aucune marge d'appréciation quant au fond. En France, les juridictions reconnaissent dans certains cas la possibilité d'appliquer directement certaines dispositions des directives, en cas de non transposition ou de transposition non conforme.

Finalement, le droit communautaire compte sur des recommandations et des communications. Ces instruments juridiques ne sont pas contraignants. Ils indiquent uniquement l'interprétation faite par la Commission d'une disposition ou d'un sujet précis. Toutefois, selon l'article 19 de la Directive cadre, en ce qui concerne le domaine des communications électroniques, les recommandations ont un statut juridique particulier dans la mesure où les autorités réglementaires nationales doivent en tenir "le plus grand compte" et qu'en cas de non-respect d'une recommandation, ces dernières doivent motiver leur position à la Commission.

Ces instruments communautaires peuvent servir d'inspiration pour le contrôle des marchés nationaux ou régionaux, que ce soit l'Amérique Centrale ou encore l'Amérique Latine (§1). Justement, le modèle communautaire doit être le point de départ pour la définition du modèle commun de contrôle de la concurrence régionale en Amérique Centrale, selon ce qui a été exigé lors de la signature de l'AACUE (§2).

§1. Analyse des Directives européennes et de leur « transposition » (inspiration) pour la promotion de la concurrence locale ou régionale

L'exemple communautaire peut parfaitement être utile à la formation de politiques et instruments de promotion de la concurrence non seulement au Costa Rica, mais encore en Amérique Centrale. Le fonctionnement des cinq directives³⁹¹, qui constituent le cadre réglementaire actuellement applicable aux réseaux et services de communications électroniques communautaires, fait l'objet d'un réexamen périodique par la Commission Européenne, en vue de déterminer, en particulier, s'il est nécessaire d'apporter des modifications en fonction de l'évolution des technologies et du marché. Les directives et recommandations émises par les Institutions Européennes devront

³⁹¹ A savoir la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès») (5) JO L 108 du 24.4.2002, p. 7. (5), la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation») (6) JO L 108 du 24.4.2002, p. 21. (6), la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre») (7) JO L 108 du 24.4.2002, p. 33. (7), la directive 2002/22/CE (directive «service universel») (8) JO L 108 du 24.4.2002, p. 51. (8) et la directive 2002/58/CE (directive «vie privée et communications électroniques») (9) JO L 201 du 31.7.2002, p. 37. (9) (conjointement dénommées «la directive "cadre" et les directives particulières»).

servir de base pour développer certaines régulations internes, promouvant un environnement de plus en plus concurrentiel sur le marché des télécommunications.

Tout d'abord, la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009³⁹² oblige les Etats membres à ce que les autorités réglementaires nationales imposent des obligations réglementaires adéquates aux entreprises jugées puissantes sur un marché de détail donné, conformément à l'article 14 de la directive 2002/21/CE (directive "cadre") lorsqu'à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE, une autorité réglementaire nationale constate qu'un marché de détail donné, n'est pas en situation de concurrence réelle; et l'autorité réglementaire nationale conclut que les obligations imposées au titre des articles 9 à 13 de la directive 2002/19/CE (directive "accès") ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE. C'est le même principe qui est contenu dans la norme costaricienne, relative à la fixation tarifaire (Article 50 de la LGT) et aux « opérateurs importants » (Article 75, alinéa b de la Loi 7593). Or, nous avons déjà présenté les excès et les défaillances de la régulation asymétrique mise en place par la Sutel, particulièrement à partir de la Résolution RCS-307-2009.

Parmi les obligations signalées par la Directive 2009/136/CE, on trouve d'abord des devoirs de transparence et de publication d'informations (Article 21). *“Les autorités réglementaires nationales encouragent la mise à disposition d'informations comparables pour permettre aux utilisateurs finals et aux consommateurs d'effectuer une évaluation indépendante du coût de plans alternatifs d'utilisation, par exemple au moyen de guides interactifs ou de techniques analogues »*. Les principes de transparence et de publicité de l'information sont présents dans la Loi Générale des Télécommunications et dans le Règlement de Protection de l'utilisateur des services, mais ne sont pas développés, vu l'expérience internationale. Par exemple, l'autorité de régulation du Chili –SUBTEL-, a récemment lancé un comparateur en ligne, où chaque opérateur doit actualiser ses offres, prix et conditions de services. Les usagers des services de

³⁹² La directive 2009/136/CE du Parlement européen et du conseil du 25 novembre 2009 modifie la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques ; la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) numéro 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

télécommunications peuvent donc faire de façon rapide et facile une évaluation du marché, sur un seul site, ce qui stimule d'abord la mobilité des clients, et oblige ensuite les opérateurs à devenir beaucoup plus concurrentiels. Le principe de transparence suivant l'initiative communautaire et l'exemple chilien est malheureusement loin d'être mise en application au Costa Rica.

De même, la directive 2009/136/CE entraîne des obligations visant à la facilitation du changement de fournisseur (article 30). Dès 2002, le droit communautaire a posé les bases pour l'implémentation de la portabilité numérique au sein des Etats membres. La Directive 2009/136/CE en étude, cherche à unifier les conditions d'opérabilité de la portabilité. Les autorités réglementaires nationales doivent dès lors veiller à ce que la tarification entre opérateurs et/ou fournisseurs de services liée à la fourniture de la portabilité des numéros soit établie en fonction du coût, et que les redevances éventuelles à payer par l'abonné ne le dissuadent pas de changer de fournisseur de services. De même, les autorités réglementaires nationales ne doivent pas imposer, pour la portabilité des numéros, une tarification de détail qui entraînerait des distorsions de la concurrence, par exemple en fixant une tarification de détail particulière ou commune. Le portage des numéros et leur activation ultérieure doivent être réalisés dans les plus brefs délais possibles (un jour ouvrable). Finalement, les États membres doivent prévoir des sanctions appropriées à l'encontre des entreprises, notamment l'obligation d'indemniser les abonnés en cas de retard à réaliser le portage ou d'abus de portage par ces entreprises ou en leur nom. Il faut rappeler que la portabilité numérique au Costa Rica a été annoncée par la Sutel pour la fin 2013, malgré le fait que le Vice ministre des Télécommunications dispose d'un avant-projet de Règlement pour l'implémentation de la portabilité numérique depuis 2009.

Finalement, la Directive oblige les États membres à veiller à ce que les contrats conclus entre un consommateur et une entreprise fournissant des services de communications électroniques n'imposent pas de durée d'engagement initiale au-delà de 12 mois. Ainsi, sans préjudice d'une éventuelle période contractuelle minimale, les États membres veillent à ce que les conditions et procédures de résiliation de contrat ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard du changement de fournisseur de service. La période maximale des contrats d'adhésion aux services des télécommunications n'a pas été définie dans la norme costaricienne. Ceci, malgré les avertissements faits par des experts lors de la période de rédaction des règlements techniques.

Bien au contraire, l'article 20 du règlement de Protection de l'utilisateur rend possible les clauses d'engagement minimale, qui seront tout simplement évaluées par la Sutel.

En relation à la définition des marchés pour la mise en place des régulations spécifiques (impositions des obligations *ex ante*), il est étrange que la SUTEL ait défini 18 marchés (Résolution RCS-307-2009 de décembre 2009), sur une base très similaire à la définition faite par la Commission Européenne en 2003 (2003/311/CE). Ceci, en considération du fait qu'en 2007, la Commission a émis la Recommandation du 17 décembre 2007³⁹³, qui a pour objet de recenser les marchés de produits et de services sur lesquels une réglementation *ex ante* peut se justifier, conformément à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE. Selon la Commission, l'objectif final de toute intervention en matière de réglementation *ex ante* est d'apporter des avantages au consommateur final en rendant les marchés de détail concurrentiels de manière durable. La définition des marchés pertinents peut varier et varie effectivement au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre se modifient. La réalité du marché costaricien ainsi que la convergence technologique justifient actuellement un nombre considérablement inférieur de marchés concernés par la régulation *ex ante*.

La recommandation de la Commission pose trois critères cumulatifs³⁹⁴ pour recenser les marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. « Le premier est la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Cependant, eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières à l'entrée dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. Par conséquent, le deuxième critère consiste à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective. Il faut pour cela examiner

³⁹³ RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. En ligne sur : Source : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/communautaires/directive-2009-136-ce.pdf>

³⁹⁴ Ces critères doivent s'appliquer de manière cumulative, de sorte que le non-respect d'un seul d'entre eux indique qu'un marché ne doit pas être considéré comme susceptible de faire l'objet d'une réglementation *ex ante*.

quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée. Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché. Deux types de barrières à l'entrée ont été retenus aux fins de la recommandation: les barrières structurelles et les barrières légales ou réglementaires. Avant de décider qu'un marché est susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante*, il faut aussi déterminer si le droit de la concurrence suffit à remédier aux défaillances du marché qui résultent de la conformité avec les deux premiers critères. Les interventions du droit de la concurrence seront probablement insuffisantes si une intervention visant à remédier à une défaillance du marché doit satisfaire un grand nombre de critères de conformité ou si des interventions fréquentes et/ou réalisées dans un délai imparti sont indispensables »³⁹⁵.

D'après les critiques déjà exposées en relation à la définition des marchés et obligations *ex ante* imposées par la Sutel en 2009, il devient nécessaire que l'autorité costaricienne modifie la Résolution CRS-307-2009, afin de recenser les marchés, objets de régulation, dans le but de réduire son intervention –jugée excessive par l'industrie-, au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie. Celle-ci est la « transposition » (application d'une expérience internationale) en droit costaricien, d'un des objectifs définis dans la Directive 2009/140/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 novembre 2009³⁹⁶, qui signale expressément que : « *L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence. Compte tenu du fait que les marchés des communications électroniques ont fait preuve d'une forte compétitivité ces dernières années, il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable* »³⁹⁷.

³⁹⁵ RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 17 décembre 2007. IBID. En ligne sur : Source : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/communautaires/directive-2009-136-ce.pdf>

³⁹⁶ Selon les termes de la Directive 2009/140/CE, il convient de réformer le cadre réglementaire de l'Union européenne pour les réseaux et services de communications électroniques afin d'achever le marché intérieur des communications électroniques en renforçant le mécanisme communautaire de régulation des opérateurs puissants sur les principaux marchés. Ce cadre est complété par le règlement (CE) N° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE). La réforme comprend aussi l'élaboration d'une stratégie efficace et coordonnée de gestion du spectre afin d'achever l'espace européen unique de l'information et de renforcer les dispositions concernant les utilisateurs handicapés afin de parvenir à une société de l'information pour tous.

³⁹⁷ DIRECTIVE 2009/140/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relatives à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de

Ainsi, une série de recommandations et principes contenus dans les directives européennes peuvent parfaitement être « transposées »³⁹⁸. L'« autorité nationale de régulation -chargée de la promotion de la concurrence sur le marché des télécommunications-, devrait éviter l'« expérimentation empirique et surtout l'improvisation. La Sutel devrait plutôt penser à suivre les recommandations et principes de régulation publiés par des autorités beaucoup plus expérimentées, cas spécifique des institutions communautaires. La plupart des recommandations et dispositions contenues dans les directives européennes peuvent parfaitement être transposées au droit costaricien tout en corrigeant certaines défaillances de la régulation nationale, permettant au marché national de compter sur une régulation moderne et cohérente, au profit de la concurrence sectorielle. Il faudrait aussi penser à suivre l'exemple communautaire au niveau régional, afin d'« harmoniser les régulations nationales et de contrôler la concurrence sur le marché d'Amérique Centrale.

§2. Le contrôle de la concurrence régionale dans le cadre de l'AACUE

La naissance et l'évolution d'une architecture institutionnelle spécifique se font sous l'influence de deux facteurs d'importance capitale : les spécificités nationales, qui s'entendent, comme toutes les particularités, au niveau de la tradition, de la culture générale et juridique d'un ordre étatique

communications électroniques, 2002/19/CE concernant l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE au sujet de l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

En ligne sur : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/communautaires/directive-2009-140-ce.pdf>

³⁹⁸ Dans le même sens, l'ARN costaricienne (SUTEL) peut utiliser les directives émises en mai 2009 par la Commission européenne sur les tarifs de terminaison pour stimuler la concurrence. La Commission a donné des orientations pour les autorités, concernant la méthode fondée sur les coûts à appliquer lors du calcul des tarifs de terminaison. Le but final est d'éliminer les distorsions de prix entre les opérateurs de téléphonie à travers l'UE, et ainsi baisser les prix des appels vocaux dans et entre les Etats membres. Contexte : En 2008, les tarifs de terminaison d'appel mobile ont fortement varié dans l'UE, allant de 2 centimes d'euro par minute (à Chypre) à 15 centimes d'euro par minute (en Bulgarie). Les tarifs de terminaison d'appel mobile (qui s'élèvent en moyenne à 8,55 centimes d'euro par minute) sont également 10 fois plus élevés, d'une manière générale, que les tarifs de terminaison d'appel fixe (qui oscillent en moyenne entre 0,57 centime d'euro et 1,13 centime d'euro par minute). Le niveau plus élevé des tarifs de terminaison d'appel mobile permet difficilement aux opérateurs de téléphonie fixe et aux petits opérateurs de téléphonie mobile de concurrencer les grands opérateurs de téléphonie mobile. Ces divergences et ces différences d'approche réglementaire nuisent au marché unique et à la compétitivité de l'Europe. Source : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/710&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

donné, et les exigences externes, imposées par des structures supranationales, dont l'exemple caractéristique est l'Union Européenne, ou Fédérale, suivant l'exemple des Etats-Unis³⁹⁹.

Les échanges d'information et les accords de coopération entre les autorités nationales sont insuffisants face à la tendance des grands groupes économiques présents dans la région. Le secteur des télécommunications ne fait pas exception. Au contraire, ce marché est de plus en plus concentré dans les mains des géants régionaux⁴⁰⁰. Au niveau régional, la défense et la promotion de la concurrence ne sont pas incluses clairement dans les propos fondamentaux du Système d'Intégration Centroaméricaine (SICA). La seule référence explicite est celle de l'article 25 du Protocole de Guatemala. Toutefois, cette norme se limite aux activités monopolistiques et à la promotion de la concurrence uniquement dans le secteur du commerce. La norme ne fait, par exemple, aucune référence aux sauvegardes pour éviter les monopoles publics qui restreignent le commerce régional. La création d'une autorité régionale, suivant l'exemple de la Commission européenne, ou au moins, la promulgation d'un instrument normatif commun, est donc non seulement envisageable mais indispensable, vu les caractéristiques des opérateurs et la conformation du marché régional.

Le groupe centre-américain, avec l'appui de la Banque Interaméricaine de Développement (BID), a lancé une étude pour définir le contenu de la norme et la façon dont une éventuelle autorité régionale devrait être conformée. Il existe déjà un rapport d'un consultant international. Il revient maintenant à chaque autorité nationale de se prononcer afin de construire un projet commun. Plusieurs difficultés sont déjà visibles à l'horizon : d'abord, il existe une énorme disparité par rapport à l'avance du droit de la concurrence interne pour chaque pays centre-américain. Le Costa Rica a été le premier à promulguer une loi en 1995. Or, El Salvador compte sur la norme la plus avancée de la région. Le Guatemala et le Nicaragua sont en train de créer leur propre autorité de concurrence. La première difficulté est donc de concilier les normes internes de la concurrence.

³⁹⁹ GALANIS, Theodoros. Le contrôle du pouvoir de marché dans le secteur des communications électroniques. Thèse Doctorale. Université Panthéon Sorbonne Paris I. Paris France. 2009. P. 59

⁴⁰⁰ L'acquisition des opérations régionales de DIGICEL par la mexicaine AMERICA MOVIL (*Claro*) et la plus forte présence de la multinationale MILLICOM (TIGO) font l'exemple.

En second lieu, il faudrait aussi concilier les intérêts politiques des gouvernements qui précisément auront le dernier mot par rapport au modèle et à l'ingérence dans les marchés internes⁴⁰¹. Il faut rappeler que plusieurs normes excluent de leur champ d'application certaines activités réservées à l'Etat ou sous concession. Ces exclusions peuvent résulter discriminatoires si elles impliquent que les entreprises d'un autre pays de la région ne puissent pas participer sur ces marchés, limitant le commerce régional⁴⁰². En fait, l'expérience internationale montre que les monopoles publics ont tendance à discriminer les clients des consommateurs, et que cette conduite peut affecter le commerce. A cet égard, le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne et l'accord général sur le commerce (AGCS) de l'OMC exigent aux Etats Membres d'éviter que les monopoles publics puissent discriminer et donc porter atteinte au commerce. « L'absence d'une autorité ou une norme régionale de concurrence en Amérique Centrale peut porter atteinte aux bénéfices obtenus à partir de la libéralisation commerciale développée et les avances au niveau de l'intégration économique et douanière »⁴⁰³.

Le groupe de travail pour la politique de concurrence régionale va aussi devoir résoudre la question budgétaire. En plus, il n'est pas évident que toutes les autorités disposent des ressources humaines suffisantes pour accomplir ces fonctions. Une mauvaise gestion peut par contre générer des barrières au commerce régional.

Parmi les bonnes pratiques, l'expérience internationale montre que l'autorité de concurrence régionale est souvent organisée sur la base de plusieurs principes. D'abord, l'indépendance vis-à-vis des Etats Membres, et même envers les autorités de concurrence de chaque Etat Membre. Dans ce but, la désignation des membres de l'autorité se fait pour des périodes fixes et les personnes sélectionnées doivent disposer d'attestations techniques. Les institutions de l'Union Européenne se sont consolidées par une culture institutionnelle. Ce ne sont pas des fonctionnaires

⁴⁰¹ Dans le même sens, Mme. VELAZQUEZ Victoria, Directrice exécutive de la COPROCOM, en charge de la coordination des réunions intergouvernementales pour l'étude du modèle régional de contrôle de la concurrence, s'est prononcée à l'occasion des compromis soutenus dans l'AACUE. Entretien du 26 avril 2012 -San José, Costa Rica.

⁴⁰² RUBIO ESCOBAR, Jairo. *Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional. Grupo de Trabajo de Política de Competencia en la Integración Centroamericana. Informe General. Bogotá, Colombia. 14 Setiembre 2011.*

⁴⁰³ IDEM.

qui défendent les intérêts de chaque pays. L'indépendance et la capacité technique⁴⁰⁴ garantissent le respect des principes de non-discrimination et de transparence.

Ensuite, on trouve souvent une séparation entre les fonctions d'enquête et celles de décision. Précisément, un corps collégial est en charge des décisions, qui sont aussi sujettes à un contrôle juridictionnel de la part d'un Tribunal Supranational reconnu par tous les Etats Membres. Une autorité expérimentée telle que la Commission européenne⁴⁰⁵, compte sur des groupes de travail spécialisés dans des secteurs économiques, selon leur importance. Conformément à l'article 19 de la directive-cadre de l'UE sur les télécommunications, la Commission harmonise la mise en œuvre de la réglementation communautaire sur les télécommunications dans le marché unique afin de promouvoir la concurrence et les intérêts des utilisateurs. Les télécommunications sont sans aucun doute un secteur relevant pour le marché régional centre-américain.

Sur le plan financier, le budget ne dépend pas des amendes imposées par l'autorité afin d'éviter des distorsions dans l'imposition de sanctions pécuniaires. Ceci garantit que l'objectif de l'activité de l'autorité reste toujours axé sur la répression des comportements anticoncurrentiels et la promotion de la transparence sur les marchés régionaux.

La proposition présentée aux pays centre-américains par le consultant Jairo Rubio Escobar est en fait structurée sur la base des principes mentionnés. A son avis, il doit y avoir deux « chambres » ou organes : le premier dédié à mener les enquêtes et le second comme organe de décision. Ils devraient logiquement être constitués par des membres spécialisés dans des secteurs stratégiques différents. Les périodes de nomination doivent fomenter la création d'une culture institutionnelle régionale. Selon cette proposition, au niveau budgétaire l'autorité régionale doit être financée par les ressources de la Banque Centre-américaine d'Intégration Economique (BCIE). « Le budget

⁴⁰⁴ Les directeurs et fonctionnaires sont souvent des professionnels ayant une formation spécialisée et jouissant d'une expérience professionnelle importante.

⁴⁰⁵ Une autorité comme la Commission européenne non seulement mène les enquêtes et sanctionne les pratiques anticoncurrentielles, mais elle est aussi en charge du contrôle des concentrations et se prononce au sujet des aides publiques et des affaires de régulation qui peuvent affecter le commerce régional.

annuel ne devrait pas être significatif. Sur la base du PIB et les coûts de l'autorité, il est possible d'opérer à partir d'un budget initial de trois millions de dollars par an »⁴⁰⁶.

De même, le consultant insiste sur le fait que l'autorité ne doit pas rester subordonnée aux autorités nationales de concurrence. Un principe de base sur lequel nous sommes tout à fait d'accord. Selon l'expérience internationale, l'autorité régionale de concurrence n'est pas organisée pour que chaque membre défende les intérêts individuels de son pays ou d'entreprises locales. L'objectif est de défendre les intérêts communs du commerce et la concurrence régionale. Cela explique pourquoi l'autorité ne doit pas avoir dans son conseil décisive des délégués de chaque autorité nationale, car ceux-ci seront difficilement neutres concernant leur pays. En plus, il faut rappeler que la région centre-américaine ne dispose pas d'un Tribunal Supranational reconnu par tous les pays. Ce qui renforce la priorité d'avancer dans un processus d'harmonisation des normes, tel que l'a signalé la Commission Economique Pour l'Amérique Latine (CEPAL).⁴⁰⁷ L'article 5 du Protocole de Tegucigalpa ainsi que le Protocole de Guatemala semblent en tout cas conduire à l'harmonisation des normes entre les pays de la région, en obligeant les Etats Membres à s'abstenir d'adopter des mesures unilatérales qui portent atteinte à la mise en application des propos et principes fondamentaux du système d'intégration (SICA).

Le rapport présenté par Jairo Rubio en septembre 2011, présente plusieurs recommandations pour mettre en place une autorité régionale de concurrence, qui sont analysées de la façon suivante :

- a) « *Adopter une autorité régionale (ARC) ayant pour objectif principal la défense du commerce régional, face aux comportements anticoncurrentielles et aux politiques publiques restrictives* ». La recommandation vise non seulement la création d'un instrument normatif commun, mais aussi une autorité régionale. Dans un schéma idéal, on considère que celle-ci soit la voie correcte, et non pas que chaque autorité compte sur un instrument régional, car il existe une énorme disparité entre les autorités, leur capacité technique et leurs ressources. En plus, cela peut entraîner un conflit de compétences entre

⁴⁰⁶ RUBIO ESCOBAR, Jairo. *Modelo Normativo e Institucional para una Política de Competencia Regional. Grupo de Trabajo de Política de Competencia en la Integración Centroamericana. Informe General. Bogotá, Colombia. 14 Setiembre 2011.*

⁴⁰⁷ Pour la CEPAL, l'harmonisation des normes produira sans doute des effets positifs sur le plan économique de la région.

les autorités nationales et en outre, un problème d'ingérence d'une autorité nationale dans un secteur stratégique d'un autre pays de la région.

- b) « *La ARC sera effective uniquement si elle est techniquement solide* ». En effet, il est nécessaire d'assurer son indépendance vis-à-vis des gouvernements et des autorités nationales de concurrence et d'éviter de devenir la proie des intérêts politiques et économiques des pays de la région. L'autorité régionale doit avoir juridiction sur tous les pays de la région.
- c) « *Il devient indispensable d'assurer la promotion de la concurrence comme instrument pour éviter ou limiter l'adoption de politiques publiques anticoncurrentielles dans le contexte d'une ARC* ». Le consultant fait référence à un devoir encore en cours dans chaque pays centre-américain. Sans aller trop loin, au Costa Rica, plusieurs secteurs (gouvernement, entreprises, médias) confondent encore les concepts de concurrence avec celui de compétitivité. L'effort devra alors être majeur si on souhaite la reconnaissance d'une autorité régionale de concurrence et la compréhension de ses missions.
- d) « *Il faut un contrôle fort des subventions afin de défendre le commerce régional* ». Plusieurs compromis au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sont orientés vers l'élimination de subventions publiques dans certains secteurs depuis quelques années. Or, les pays d'Amérique Centrale comptent encore sur plusieurs secteurs où l'Etat joue encore un rôle paternaliste. Ce sujet peut être l'un des plus compliqués lors des négociations pour la définition du modèle régional de contrôle de la concurrence.
- e) « *L'ARC doit se concentrer sur les enquêtes et la répression de pratiques anticoncurrentielles significatives (qui peuvent porter gravement atteinte au commerce et à la concurrence régionale)* ». C'est clair. Déjà au niveau interne, la Coprocom au Costa Rica a dû se concentrer sur certaines affaires, discriminant toute une série d'affaires de peu ou de moyenne importance pour le marché local. La définition des secteurs stratégiques ainsi que les ressources dont dispose l'autorité, doivent servir à définir les priorités de l'ARC.
- f) « *Toute exception à la norme de concurrence devrait être comprise dans un règlement afin de rendre transparent le cadre d'application* ». De manière idéale, il ne devrait pas y avoir d'exceptions, ou du moins, celles-ci devraient être limitées. Or, la conciliation des intérêts politiques et des forces économiques dans la construction du modèle régional va

peut-être donner lieu à une série d'exceptions. Dans ce cas-là, il devient important de les consigner dans un règlement suivant la recommandation du consultant. Les monopoles publics et les activités des entreprises concessionnaires, devraient faire l'objet d'intervention de la part de l'ARC lorsque leurs activités portent atteinte au commerce et à la concurrence régionale.

- g) « *Les missions d'enquête et de répression doivent se focaliser sur des secteurs clés pour le commerce régional et la concurrence sur le marché commun. Cela inclut secteurs tels que l'énergie, les télécommunications, le transport, les banques, les assurances, entre autres* ». Il s'agissait auparavant de secteurs développés sous la forme de monopoles publics. Certains sont encore des monopoles de fait ou légaux dans certains pays (cas de l'énergie, les carburants et le transport au Costa Rica). Vu l'expérience jusqu'à présent, il faudrait inclure le secteur agroalimentaire et la grande distribution parmi les priorités. En tout cas, il est clair que les télécommunications doivent être incluses, non seulement en vue de leur position stratégique mais en raison de la composition du marché régional.
- h) « *L'ARC devrait compter –en tant que premier devoir-, sur des lignes directrices pour l'identification de marchés pertinents, l'analyse de concentrations, l'évaluation de politiques et de régulations sectorielles. Ceci afin de garantir la non-discrimination et la transparence des études et enquêtes menées* ». Cette recommandation est tout à fait valable, mais il faudrait y ajouter dans un premier temps, un calendrier de formation pour les fonctionnaires et membres de l'ARC ainsi que des accords avec les autorités régionales les plus expérimentées (cas particulier de la Commission européenne) pour obtenir une rétro-alimentation constante et une série d'avantages sur le plan de la formation.

L'AACUE conduit alors les pays centre-américains à élaborer un modèle régional pour le contrôle de la concurrence. Le rapport émis par Monsieur Rubio dévoile les défis de l'intégration régionale sur le plan du droit de la concurrence. Les expériences vécues jusqu'à présent, particulièrement dans les secteurs agroalimentaires et ceux des télécommunications, font preuve du développement nécessaire d'un instrument commun et d'une autorité régionale forte. Sur le marché concerné dans cette étude, la présence de géants multinationaux dans la région ainsi que l'existence d'un seul opérateur public survivant –l'ICE au Costa Rica-, posent un énorme défi

pour la régulation du marché des télécommunications et pour les autorités nationales de concurrence. Malgré les efforts au niveau interne pour chercher à contrôler les activités et comportements régionaux des opérateurs plus dominants, ceux-ci sont insuffisants, car les autorités sont encore dépourvues de ressources et de certains instruments modernes de régulation⁴⁰⁸. Il est donc absolument nécessaire de créer une autorité supranationale sur la base des recommandations décrites plus haut.

⁴⁰⁸ Dont on peut mentionner les instruments pour obtenir la preuve (perquisition, obtention de l'information), particulièrement lors des enquêtes concernant l'activité régionale des opérateurs ou agents économiques, ainsi que la difficulté d'imposer des sanctions dissuasives sans l'information comptable –des opérations régionales- des opérateurs.

CONCLUSION

Le Costa Rica s'est lancé –vingt ans après la France-, dans un mouvement qui a pris une ampleur mondiale. La rupture des paradigmes du monopole naturel sont à l'origine du mouvement de libéralisation du marché des télécommunications. Avec le phénomène de la convergence, qui élargit les choix des plates-formes technologiques et des réseaux capables d'offrir des services aux clients finaux, de solides arguments militent en faveur de l'élaboration d'une régulation technologiquement neutre. La norme costaricienne répond à cette tendance mondiale et se fonde sur le principe de la neutralité. En outre, la concurrence apparaît comme facteur d'accroissement des services proposés au consommateur. La libéralisation du secteur représente donc une opportunité économique et une énorme perspective de croissance, comme l'a déjà montrée l'expérience de nombreux pays, avec pour corollaire, un effet direct sur l'investissement et l'emploi d'une nation. Le marché des télécommunications est donc un secteur qui peut favorablement influencer les économies nationales.

L'ouverture « tardive » est un énorme défi pour les autorités costariciennes. Les expériences – positives ou négatives- des pays qui se sont lancés dans cette course plusieurs années auparavant, devraient servir d'avantage pour l'implémentation d'un modèle de planification et de régulation efficace et pour le développement d'un marché concurrentiel. Or, il semble que les autorités ne sont pas vraiment sûres du chemin à suivre, surtout au niveau de l'autorité de régulation. Le marché des télécommunications costaricien est aujourd'hui, certes, plus dynamique. Cependant, la concurrence qui y est constatée jusqu'à présent demeure insuffisante. Elle n'est pas nécessairement le résultat d'une politique publique ou d'une régulation efficace tendant à promouvoir la concurrence. Elle est plutôt le résultat du mouvement même de libéralisation de l'accès à de nouveaux acteurs. Les questions sur la pertinence et l'efficacité des régulations *ex ante* mises en place et l'absence d'intervention au niveau de sanctions envers des comportements anticoncurrentiels, jouent dès à présent à l'encontre de la crédibilité de l'autorité de régulation : SUTEL.

Les législateurs ont parié sur un modèle sectoriel de contrôle de la concurrence, où l'autorité de régulation des télécommunications est chargée de mener les enquêtes et de sanctionner les affaires concernant des pratiques anticoncurrentielles sur le marché. Le législateur craignait que l'autorité de concurrence –COPROCOM–, fût incompétente pour contrôler ce secteur. Ce raisonnement est étrange car quelques mois plus tard, le même législateur approuvait la Loi d'Assurances déclarant l'ouverture du secteur. Les affaires de concurrence ont été déléguées à la COPROCOM et non pas au régulateur sectoriel (SUGESE). La création d'un régime sectoriel ne répond donc pas à une politique publique. De plus, il est vrai que la COPROCOM est dépourvue d'instruments efficaces de contrôle et de sanction de comportements anticoncurrentiels. Or, l'autorité de concurrence a gagné de plus en plus d'expertise et de maturité. Ces actuelles limitations sont d'ordre légal et financier. La Loi numéro 7472 de décembre 1994, dite Loi de Promotion de la Concurrence et de Défense Effective du Consommateur, est encore insuffisante pour un contrôle efficace de la concurrence. Plusieurs réformes devront être mises en place afin de moderniser le droit de la concurrence costaricien. Particulièrement, il faut éliminer le régime d'exception (monopoles publics), corriger le régime de sanction afin de le rendre plus dissuasif, incorporer des instruments d'obtention de preuves (dont les pouvoirs de perquisition) et établir le contrôle préalable des concentrations. Néanmoins, cela n'est pas nécessairement suffisant. La dépendance de l'autorité de concurrence au sein du Ministère de l'Economie ainsi que la méthode de nomination et le rôle des commissionnaires constituent des facteurs structurels qui peuvent aussi être améliorés. Il est temps que le Costa Rica considère sérieusement le sujet de la promotion et du droit de la concurrence, via la réforme de la Loi 7472 et la création d'une autorité de concurrence indépendante dotée d'une structure institutionnelle forte, tant sur le plan administratif que financier.

Le régime de concurrence pour les télécommunications compte sur des mécanismes innovants, par rapport à celui prévu par la Loi 7472. L'absence de pouvoirs de perquisition ou encore de programmes de clémence est toutefois sujet à critique. Au vu de l'expérience française, des efforts sont encore nécessaires pour aboutir à une législation moderne et efficace. Pourtant, le problème principal pour le contrôle de la concurrence sectorielle naît de l'incapacité du régulateur (SUTEL) à assumer le rôle octroyé par le législateur. Il a fallu trois ans pour parvenir à conformer une équipe de travail chargée des affaires de concurrence. Des avocats et des

économistes se sont occupés de mener des procédures, mais aucun d'entre eux n'avait l'expertise suffisante. S'en est suivie une longue suite d'affaires en attente de traitement par la SUTEL. Plusieurs d'entre elles ont trait à l'accès aux installations essentielles, ce qui pourrait être résolu par le biais de la régulation *ex ante* (régime d'accès et d'interconnexion) dans un délai de trois mois, selon la norme. En définitive, le chemin n'est pas clair du côté du régulateur en ce qui concerne l'accès aux installations, la promotion de la concurrence et la sanction de comportements illégaux.

L'ouverture du secteur des télécommunications a donc été retardée par une période d'apprentissage qui aurait pu être parfaitement évitée, si le législateur avait chargé le contrôle de la concurrence sectorielle à la COPROCOM. Ceci, bien évidemment, doit s'accompagner d'une réforme au moins partielle de la Loi 7472, car il est clair que ce n'est pas nécessairement la délégation de compétences à l'autorité de régulation qui assure l'efficacité du contrôle de la concurrence, mais plutôt les réformes des règles qui affectent de manière décisive l'efficacité du droit. Pour l'instant, la structure institutionnelle définie par le législateur est incapable d'assurer la mise en place d'un environnement concurrentiel. La réforme intégrale du droit de la concurrence est donc aussi indispensable pour le développement du secteur des télécommunications. Il importe de souligner que la tendance internationale montre que les différences entre la régulation *ex ante* et l'intervention du droit de la concurrence-essentiellement *ex post*-, sont moins évidentes qu'il pourrait sembler à première vue, puisque les moyens et les modes d'action des deux régimes de contrôle se sont rapprochés jusqu'à un certain degré, grâce au mouvement de contractualisation qui a gagné le droit de la concurrence, en amplifiant sa fonction dissuasive. Les programmes de clémence, les engagements, la procédure de transaction constituent des instruments qui relativisent la différence entre le délai de l'intervention du droit de la concurrence et celui de la régulation sectorielle. Ces instruments doivent être incorporés dans le droit costaricien, plus précisément dans la Loi 7472.

Au niveau de la régulation *ex ante*, indispensable pour permettre l'accès de nouveaux acteurs sur le marché, ainsi que la mise en place d'un cadre concurrentiel, plusieurs erreurs en particulier sont attribuables à la SUTEL. Malgré un bon parcours professionnel et une importante formation académique, aucun membre du Conseil Directoire n'avait de l'expérience sur le plan de la

régulation du secteur des télécommunications ou des secteurs en concurrence. Il est encore plus inquiétant qu'aucun d'entre eux n'ait été présent lors du processus de la création des normes. Cela a provoqué, à notre avis, une distorsion entre ce qui a été finalement conçu par les rédacteurs et les législateurs, et ce qui a été mis en pratique par la SUTEL. Plusieurs réglementations et décisions émises par l'autorité de régulation, auxquelles nous avons fait référence tout au long de cette étude, s'éloignent des principes de base originellement conçus par les membres consultants de la commission de rédaction. Il s'agit de sujets concernant la définition des marchés pertinents susceptibles de contrôle *ex ante*, la déclaration des opérateurs « importants » (pouvoir significatif), la fixation des tarifs sur tous les marchés justifiée par une apparente absence de conditions de concurrence, le retard dans l'implémentation de la portabilité numérique et enfin, l'absence d'une régulation claire pour l'accès aux installations essentielles.

En ce qui concerne le contrôle même de la concurrence, pour l'instant seules quelques affaires ayant trait aux pratiques anticoncurrentielles ont été remises par la SUTEL à la COPROCOM en application de l'article 55 de la Loi Générale des Télécommunications. L'autorité de concurrence s'est rapidement prononcée dans les délais légaux. La SUTEL devra redoubler d'efforts afin de disposer d'une unité capable de poursuivre les affaires de concurrence et de diriger les procédures dans des délais plus raisonnables. En ce qui concerne l'étude de fond d'une pratique anticoncurrentielle, en l'absence d'expertise, l'autorité de régulation devra pour l'instant s'en référer à la COPROCOM. Toutefois, il semble, en définitive, que la compétence pour connaître les procédures de concurrence, doit au plus tôt être assignée à la COPROCOM, via une réforme de la Loi Générale de Télécommunications.

Mais ce n'est pas le seul cas où la SUTEL devrait se soumettre au critère technique de l'autorité de concurrence. Lors de l'analyse des marchés susceptibles d'un contrôle *ex ante* et de la définition des opérateurs « importants » (pouvoir significatif), la SUTEL peut profiter de l'expertise de la COPROCOM. La résolution RCS-307-2009 fait preuve de l'absence d'expertise dans la matière. Il faudrait aussi inclure les résolutions déclarant les tarifs maximaux pour tous les marchés. Nous avons fait référence à la confusion des concepts de base : la SUTEL a défini les marchés pertinents lors d'une procédure de sanction, relative à dix-huit marchés déclarés susceptibles de régulation *ex ante*. Ou encore, la confusion entre la condition d'un opérateur

« important » et d'un opérateur doté d'un pouvoir substantiel (opérateur dominant). L'industrie dans son ensemble reconnaît que les résolutions au sujet de la déclaration des marchés pertinents susceptibles de régulation ainsi que la fixation des tarifs, doivent être modifiés au plus vite, afin de limiter l'intervention sur plusieurs marchés, tout en libéralisant particulièrement certains marchés de détail.

La SUTEL doit aussi prioriser les affaires d'accès aux installations essentielles et aux réseaux publics. L'autorité de régulation devrait d'abord impulser la réforme du Règlement d'accès et d'Interconnexion, qui régle particulièrement les cas d'interconnexion entre les réseaux pour la téléphonie mobile. Pourtant, de nombreuses affaires concernant l'accès aux réseaux câblés sont en attente depuis plusieurs mois, malgré le fait que la COPROCOM a déjà introduit la théorie des facilités essentielles au niveau de la jurisprudence nationale et résolu favorablement trois affaires similaires, avant la promulgation de la Loi Générale des Télécommunications. Or, la SUTEL compte sur des instruments de régulation *ex ante*, par lesquels elle peut forcer l'accès aux réseaux et même fixer les tarifs en cas d'absence d'un accord entre les parties. La SUTEL compte alors sur des instruments et des antécédents pour résoudre, dans les meilleurs délais, les conflits concernant l'accès aux installations essentielles. On n'arrive pas à comprendre le retard dans la résolution de ces affaires et on regrettera que celles-ci ne puissent être résolues au niveau judiciaire.

Dans le domaine de la promotion de la concurrence, l'autorité de régulation dispose de plusieurs mécanismes, en particulier dans le but d'instaurer la mobilité des usagers et la transparence sur le marché. L'étude a présenté les recommandations au sein du droit communautaire ainsi que le cas du Chili, où le gouvernement et l'autorité de régulation ont récemment fait un effort pour assurer la mobilité des usagers et donc la performance des opérateurs. Parmi les principaux mécanismes mis en évidence par l'expérience internationale, on peut faire référence à l'implémentation de la portabilité numérique (liée à la Directive 2009/136/CE), la révision des clauses contractuelles de durée d'engagement, l'application des conditions particulières de publicité et de transparence des offres, ou encore, le déblocage des terminaux mobiles pour faciliter le changement d'opérateur.

Dans la promotion d'un environnement concurrentiel, le gouvernement porte sa part de responsabilité. Le Vice-Ministère des Télécommunications est aussi responsable de l'instauration de certaines conditions pour un environnement concurrentiel, surtout à partir de la planification de ressources rares. Bien que le sujet du spectre et de sa planification soit devenu prioritaire pour les législateurs et pour les autorités impliquées dans le processus d'ouverture du secteur, il y a eu peu de progrès dans la réorganisation du spectre après quatre ans d'ouverture. L'organe contrôleur (*Contraloría General de la República*) a fortement critiqué en juillet 2012, l'absence de contrôles plus forts pour une exploitation efficiente du spectre, ainsi que l'absence d'une planification correcte de la ressource radioélectrique. Le pays est parvenu à attribuer des fréquences pour des services mobiles à deux grands opérateurs. Or, un segment relevant du spectre est encore libre, car lors du processus, il n'y a eu que deux offrants pour trois segments. Toutefois, ce sujet est moins important que l'effort nécessaire pour réassigner le spectre d'une manière plus efficiente. Il reste certainement encore beaucoup à faire pour rattraper le retard, surtout par rapport aux pays développés, dans le domaine de la promotion de nouvelles technologies sans fil, tels que les services mobiles 4G. L'Etat costaricien doit travailler très rapidement à la libéralisation des bandes de 700MHz et de 2.6GHz afin de promouvoir le déploiement des réseaux de technologies plus avancées et, peut-être, l'intérêt d'un quatrième concessionnaire de spectre pour dynamiser l'offre de services mobiles.

Du côté de l'opérateur historique, l'ICE, il faut conclure que la réforme a bien permis à l'entreprise publique de devenir compétitive. On peut pourtant faire référence à certains problèmes d'adaptation au marché concurrentiel. D'abord, il y a eu un difficile changement au niveau de la culture institutionnelle : l'Institut est encore loin d'offrir un service client intégral et adéquat. Son structure bureaucratique est l'une des raisons du déficit financier affiché en 2011. Il faut aussi mentionner l'investissement publicitaire face à la rentrée des géants Telefonica et Claro pour positionner sa marque de service *Kölbí*. Toutefois, malgré les problèmes financiers présentés en 2011, l'opérateur public devra se maintenir en tant qu'opérateur dominant. Le Groupe ICE doit absolument définir une stratégie, particulièrement par rapport au rôle que jouera sa filiale RACSA. La récente formalisation de l'accord pour le développement du projet *Via Europa* et l'autorisation de l'achat du câble opérateur *Câble Vision*, devront consolider le Groupe. Non seulement l'ICE va se positionner comme la meilleure option régionale au niveau

de l'accès au réseau de très haute vitesse (grâce au déploiement du principal réseau régional de fibre optique), mais il a de plus l'occasion de concurrencer finalement des offres conjointes sur les marchés, en étant le seul et premier à pouvoir offrir un éventail complet de services de télécommunications aux usagers (téléphonie fixe et mobile, Internet et télévision). L'ICE est donc non seulement en mesure de lutter contre la forte pression concurrentielle d'entreprises de la taille de la mexicaine *Claro* et l'espagnole *Telefónica*, solidement implantées dans la région, mais aussi contre les câble opérateurs dominants sur le marché, particulièrement face au groupe multinational Millicom (Tigo).

En particulier, l'étude révèle la forte présence de géants multinationaux sur le marché latino-américain de télécommunications. Rien qu'en Amérique Centrale, les entreprises América Movil (Claro), Telefónica d'Espagne (Movistar) et Millicom (Tigo) sont déjà partout présentes. La forte implantation d'entreprises multinationales sur le marché latino-américain, ainsi que l'absence de mécanismes de contrôle quant aux stratégies anticoncurrentielles au niveau régional représentent un enjeu important. Pour l'instant, la coopération au niveau gouvernemental est insuffisante et, bien évidemment, les moyens régionaux pour faire face aux géants multinationaux des télécommunications sont encore insignifiants. Les expériences vécues jusqu'à présent, spécialement dans les secteurs agroalimentaires et plus récemment, dans ceux des télécommunications, témoignent de la création nécessaire d'un instrument commun et d'une autorité régionale forte, car malgré les efforts au niveau interne pour chercher à contrôler les activités et comportements régionaux des opérateurs plus dominants, ceux-ci sont insuffisants. Les autorités sont encore dépourvues des ressources et de certains instruments modernes de régulation. Dans ce sens, l'AACUE a instauré de manière positive l'obligation des pays centra-américains d'élaborer, dans un délai de dix ans à partir de la signature de l'accord, un modèle régional de contrôle de la concurrence. Or, plusieurs défis pour l'intégration régionale sur le plan du droit de la concurrence doivent être surmontés par les gouvernements régionaux. Il est à espérer qu'au cours des négociations pour aboutir à l'instrument commun et à la création de l'autorité régionale, les autorités privilégient une norme moderne et efficace, indépendamment des intérêts politiques et commerciaux de chaque pays.

En définitive, l'expérience internationale invoque l'urgence d'une réforme intégrale du droit national de la concurrence, la révision des décisions de l'autorité nationale de régulation et la correcte planification des ressources rares, en particulier du spectre radioélectrique, afin de prioriser la promotion de la concurrence. L'expérience internationale semble fournir une grande quantité de réponses et de lignes directrices qui facilitent l'accomplissement de l'objectif de promotion d'une ambiance concurrentielle sur le marché des télécommunications. Il n'est pas nécessaire pour le Costa Rica d'expérimenter des voies propres, et il faut plutôt s'appuyer sur la reconnaissance et l'adaptation des recommandations des organes beaucoup plus développés, parmi lesquels il faut mentionner la Commission européenne. Justement, l'architecture de la norme et de l'institution régionale en cours de négociation devrait s'inspirer du droit communautaire et particulièrement de la culture juridique régionale.

RECOMMANDATIONS

Dans le but de matérialiser les conclusions de la présente étude, une série de recommandations sont mentionnées ci-dessous en tant que suggestions pour l'amélioration du droit national de la concurrence et des politiques de promotion d'un environnement concurrentiel sur le marché des télécommunications.

1. La dévolution du contrôle de la concurrence à la COPROCOM

La réforme des articles 52, 54, 55, 67 et 68 de la Loi Générale de Télécommunications est nécessaire (Numéro 8642) pour transférer les compétences en charge actuellement de l'autorité de régulation, SUTEL, à l'organe général, la COPROCOM. Aucun projet de loi n'est pour l'instant présenté à l'Assemblée Législative, malgré le fait que le propre Vice-Président de la République, M. Luis Libermann, se soit manifesté en faveur de la réforme au cours du Congrès latino-américain de Concurrence. L'actuel Président de la SUTEL, M. Carlos Raul Gutiérrez s'est aussi prononcé favorablement, sous la condition que cela fasse partie d'une réforme intégrale où les pouvoirs et l'architecture institutionnelle de l'autorité de concurrence soient aussi modifiés.

2. La réforme intégrale de la Loi de Promotion de la Concurrence (Loi 7472)

L'étude de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (UNCTAD) avait déjà conclu en 2008 sur la réforme nécessaire du droit national de la concurrence. Deux projets de loi sont en cours d'étude à l'Assemblée Législative : le projet de loi numéro 16.434, qui correspond à une réforme partielle, ainsi qu'un projet de réforme intégrale résultant précisément de l'étude de l'UNCTAD, rédigé par l'expert costaricien Edgar Odio Rohmoser et discuté plusieurs fois au sein de la COPROCOM. Ce projet repose depuis 2008 dans les archives de l'Assemblée. Malgré tout, la réforme partielle (projet de loi 16.434) vient d'être approuvée en premier débat. Il faudra une deuxième approbation –attendu pour le premier semestre 2013-, pour que le projet soit promulgué et que la réforme entre en vigueur.

Le projet de réforme partielle incorpore les pouvoirs de perquisition (avec avis judiciaire préalable) et corrige les déficiences au niveau des seuils pour calculer les amendes en cas de comportements anticoncurrentiels particulièrement graves. Or, il reste encore de grandes questions à résoudre : l'élimination du régime d'exception des monopoles publics et services en concession publique ; l'incorporation des outils pour la soumission volontaire des agents (programmes de clémence par exemple) ; et le débat relatif à la nouvelle architecture institutionnelle de l'autorité nationale de la concurrence. Il faut penser à éliminer la dépendance vis-à-vis du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Commerce. De même, il faut travailler sur le caractère dissuasif des sanctions, suivant les recommandations d'organismes tel que l'OCDE, selon lequel il est souhaitable d'évaluer les préjudices et de les comparer aux sanctions infligées, afin d'assurer des sanctions pécuniaires optimales. Il faudrait aussi évaluer la possible incorporation d'autres mécanismes qui ont connu un succès réel dans d'autres juridictions, comme par exemple des initiatives pour informer le public sur les pratiques des entreprises en infraction qui pourraient miner leur réputation sur un marché, ou encore, élever au niveau de délit pénal ou criminel certains comportements anticoncurrentiels. Finalement, une réforme intégrale devrait donc considérer la première recommandation. C'est-à-dire qu'il faut œuvrer de manière à ce que l'organe général (actuellement COPROCOM) devienne l'entité responsable du contrôle de la concurrence sur le marché des Télécommunications.

Au niveau du droit comparé, le Costa Rica peut parfaitement s'inspirer de la réforme subie en France, à partir de la Loi de modernisation de l'économie numéro 2008-776 du 4 août 2008, qui transfère à l'Autorité de la concurrence les pouvoirs de l'ancien Conseil de la concurrence, et lui en accorde de nouveaux, tel que le pouvoir de contrôle des concentrations. En outre, elle est désormais en mesure de mener elle-même ses enquêtes et elle détient la possibilité de s'autosaisir en matière d'avis sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés au ministre en charge du secteur.

3. La libéralisation et l'organisation du spectre commercialement pertinent

Le Vice-Ministère des Télécommunications doit travailler prioritairement à la libéralisation des bandes de 700MHz et de 2.6GHz, qui ont été définies par l'UIT, comme des bandes attrayantes et

très efficaces pour l'exploitation des services mobiles 4G (Internet, téléphonie et services en convergence). L'Exécutif, sur la base des rapports techniques de la SUTEL, devra s'orienter vers une réassignation du spectre pour assurer l'optimisation du recours et permettre finalement l'accès à plusieurs agents économiques et permettre à ces derniers de participer au marché des télécommunications. L'Organe Contrôleur a sommé le gouvernement afin qu'au plus tard en 2017, le spectre soit totalement ordonné et que l'Etat puisse garantir l'assignation et l'utilisation optimale du spectre radioélectrique. On espère cette fois-ci, que le pays ne doive pas attendre cinq ans pour parvenir aux concours liés à l'exploitation de fréquences pertinentes pour des services de quatrième génération.

4. Révision des résolutions de SUTEL concernant la régulation *ex ante* lorsqu'elle affecte la concurrence

- a) **Révision de la Résolution SUTEL RCS-307-2009 : Définition des marchés pertinents et opérateurs importants.** La SUTEL devrait travailler à la modification de la Résolution RCS-307-2009, émise juste avant la lancée commerciale des nouveaux opérateurs mobiles. Il est donc opportun et nécessaire de réviser sa première édition en tenant compte de l'évolution du marché et de la transition du monopole vers la libéralisation du marché. De même, la SUTEL doit réviser les obligations imposées aux entreprises jugées puissantes sur un marché de détail donné, afin qu'elles soient plus adéquates et aient pour objectif la transparence et la promotion de la concurrence. La SUTEL peut parfaitement s'inspirer de la Directive 2009/136/CE (Article 17), concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante*. La nouvelle résolution devrait réduire le nombre de marchés du secteur des communications électroniques dans lesquels des obligations réglementaires *ex ante* sont imposées par la SUTEL, contribuant ainsi à l'objectif de réduction progressive de la réglementation sectorielle *ex ante* au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés fixés par le cadre réglementaire.
- b) **Révision des Résolutions RCS-001-2009 et RCS-615-2009, concernant la fixation des prix des services.** Actuellement, la fixation tarifaire est applicable à tous les services au

détail et en gros sur la base des prix définis par l'ARESEP pour les services de l'entreprise publique, l'ICE, en 2006. Selon l'article 50, la fixation tarifaire est applicable de manière exceptionnelle à défaut des « conditions pour une concurrence effective ». Plusieurs marchés, particulièrement ceux des services au détail, comptent sur plusieurs acteurs, sans qu'aucun d'entre eux ne puisse fixer unilatéralement les prix et conditions de l'offre. C'est le cas de l'accès à l'Internet pour entreprises ou résidentiel. Cela suggère nécessairement une révision de l'actuelle régulation. Dans ce sens, il faut rappeler qu'en Europe, selon l'article 17 de la Directive du Service Universel, les autorités nationales de régulation doivent imposer des régulations sur les services au détail, uniquement si les obligations imposées au niveau de gros deviennent insuffisantes pour assurer une concurrence effective. A partir de la Recommandation de 2007, la Commission Européenne a exclu les marchés de voix de ceux susceptibles de faire l'objet de régulations *ex ante*. Il faut aussi travailler sur la réforme de la réglementation de l'article 50 de la Loi Générale des Télécommunications, afin d'y incorporer les critères ou paramètres objectifs sur lesquels la SUTEL analysera les « conditions » de concurrence effective, ainsi que la période minimale d'analyse et les moyens qui permettent à des tiers intéressés pour lancer la possible intervention ou libéralisation tarifaire.

5. Mise en place des mesures pour promouvoir la concurrence

- a) **Facilitation du changement de fournisseur.** L'autorité de régulation doit promouvoir des mécanismes pour faciliter aux usagers des services le changement de fournisseur, afin de favoriser une offre de plus en plus compétitive, tout en faisant pression sur les prix et la qualité des services, ainsi que sur l'amélioration des services à la clientèle. Ceci devra aussi faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs. La SUTEL doit particulièrement :
 - i **Mettre en place la Portabilité Numérique :** la portabilité du numéro est un élément clé pour faciliter le choix des consommateurs et une réelle concurrence sur des marchés des télécommunications. On attend que le retard dans l'implémentation soit compensé par une réglementation adéquate, sur la base des recommandations

(Directive 2009/136/CE) et des meilleures expériences internationales (succès récent de l'expérience chilienne). La SUTEL devra principalement :

- Assurer que le portage des numéros et leur activation ultérieure soient réalisés dans les meilleurs délais, de sorte que le numéro puisse être activé et opérationnel dans un délai d'un jour ouvrable et que l'utilisateur ne soit pas privé de service pendant plus d'un jour ouvrable.
- Imposer des mesures proportionnées minimales relatives à la procédure de changement de fournisseur et nécessaires afin de garantir que les consommateurs soient protégés tout au long de la procédure de changement de fournisseur, y compris des sanctions appropriées, sans rendre cette procédure moins attrayante pour les consommateurs.
- Veiller à ce que la tarification entre opérateurs et/ou fournisseurs de services liée à la fourniture de la portabilité des numéros s'établisse en fonction du coût et que les redevances éventuelles à payer par l'abonné ne le dissuadent pas de changer de fournisseur de services.
- S'abstenir d'imposer pour la portabilité des numéros, une tarification de détail qui entraînerait des distorsions de la concurrence, par exemple en fixant une tarification de détail particulière ou commune.

ii. Obliger au déblocage de terminaux mobiles : Il s'agit d'un instrument servant à éviter que les terminaux constituent une barrière pour un possible changement de fournisseur. La commercialisation des terminaux mobiles débloqués oblige les opérateurs à maintenir ou améliorer constamment les prix et conditions (niveaux de qualité et service aux clients) qui ont originellement attiré leurs clients. Les usagers des services insatisfaits ou attirés par une nouvelle offre d'un opérateur concurrent, peuvent changer de fournisseur en utilisant leur terminal existant. Le Costa Rica peut suivre de près l'expérience chilienne en cette matière.

iii. Réviser la réglementation relative aux clauses d'engagement minimal. Sans préjudice d'une éventuelle période contractuelle minimale, la SUTEL doit veiller à ce que les conditions et procédures de résiliation de contrat ne jouent pas un rôle dissuasif à l'égard du changement de fournisseur de service. Dans ce sens, il faut accorder plus d'attention au cours de l'homologation des contrats d'adhésion, sans

préjudice d'une éventuelle réforme du Règlement du Régime de Protection de l'utilisateur final.

iv. Travailler au développement d'un outil comparatif accessible au public :

L'intention est rendre disponibles des informations comparables pour permettre aux utilisateurs finaux et aux consommateurs d'effectuer une évaluation indépendante du coût de plans alternatifs d'utilisation, par exemple au moyen de guides interactifs ou de techniques analogues. La SUTEL doit obliger les fournisseurs –situation encore inexistante-, à publier les informations concernant les prix et les tarifs pratiqués, les frais à devoir au moment de la résiliation du contrat ainsi que les conditions générales, de façon transparente, comparable, adéquate et actualisée. Il faut évidemment que le régulateur effectue un travail de compilation des données provenant des différents fournisseurs de services. La SUTEL pourrait publier périodiquement le résultat des analyses des prix et conditions de services. Or, la méthode la plus efficace et actuelle, est celle qui consiste à développer un comparateur en ligne, accessible à partir du site web de l'autorité de régulation. Les fournisseurs se verront exposés publiquement face à leurs concurrents. Les autorités nationales peuvent également réviser l'expérience récente du Chili, lors du lancement du comparateur en ligne des prix et conditions des services des télécommunications.

b) Renforcement des politiques et des réglementations pour l'accès aux infrastructures essentielles et pour l'interconnexion des réseaux.

La SUTEL doit prioriser immédiatement la résolution des affaires en cours concernant le refus des propriétaires des réseaux de permettre l'accès à leurs infrastructures. L'autorité de régulation doit travailler à la réforme du Règlement d'Accès et d'Interconnexion pour inclure les procédures propres d'accès aux réseaux publics. Pour l'instant, les affaires en attente peuvent être résolues, soit à partir des articles 59 et 60 de la Loi Générale des Télécommunications (*ex ante*), soit par le biais du droit de la concurrence (article 54, alinéa h). Au niveau de l'Interconnexion, la SUTEL doit agir au niveau des tarifs de terminaison pour stimuler la concurrence. Les opérateurs mobiles critiquent la méthodologie utilisée par l'autorité de régulation. Il serait souhaitable de suivre les orientations de la Commission européenne (Recommandation du 7 mai 2009), concernant la méthode fondée sur les coûts à appliquer lors du calcul des tarifs de terminaison (tarifs

de gros facturés par un opérateur pour relayer un appel en provenance d'un autre opérateur). Cette recommandation indique notamment que les tarifs de terminaison à l'échelon national doivent être fondés uniquement sur les coûts réels occasionnés à un opérateur efficace pour établir une connexion. L'élimination des distorsions de prix entre les opérateurs de téléphonie devra faciliter l'abaissement des prix des appels vocaux, favorisant ainsi l'investissement et l'innovation dans l'ensemble du secteur des télécommunications.

6. Engager le processus conduisant à un instrument régional de concurrence

Pour l'instant, la création à moyen terme d'un instrument ou encore d'une autorité centre-américaine de concurrence grâce à l'aide de l'AACUE sera énormément positive. Or, vu les agendas politiques et la consolidation des traités commerciaux entre les pays latino-américains, le travail devrait se lancer dès maintenant au niveau latino-américain. Il faudrait songer à une discussion au sein de l'Organisation des Etats Américains (OEA), afin d'aboutir à la consolidation d'un instrument de contrôle commun, ou encore, à la création d'une agence latino-américaine de concurrence, sur la base de l'expérience européenne.